Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde verfaßt
und der
hohen juristischen Fakultät
der
Ludwigs-Maximilians-Universität zu München
vorgelegt von

Hans Würdinger
Referendar aus München

Max Hueber, Verlag, München 1928

Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde verfaßt

und der

hohen juristischen Fakultät

der

Ludwigs-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Hans Würdinger

Referendar aus München

Max Hueber, Verlag, München 1928

Genehmigt am 13. Dezember 1927.

Hauptberichterstatter:
Dr. W. Kisch, Geh.-Justizrat, o. ö. Professor.

Mitberichterstatter:
Dr. R. Müller-Erzbach, o. ö. Professor.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

An dieser Stelle möchte ich allen meinen verehrten Lehrern, die sich um meine juristische Ausbildung bemüht haben, herzlich danken. Ganz besonders danke ich Herrn Geheimrat Professor Dr. W. Kisch, dessen Anregung mich der juristischen Laufbahn, wie auch diesem Thema zuführte und dessen Vorlesungen und Übungen in mir Freude und volles Interesse an dem systematischen Ausbau des Privatrechts erregten und lebendig hielten. Ferner danke ich besonders meinen lieben Eltern, die mir in schwerer Zeit das Studium ermöglichten.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis . . . . . 7—10

1. Kapitel: Das Problem und die Methode seiner Lösung . . . . . 11—15

I. Abschnitt: Das subjektive Recht

§ 1. Die Grundlagen der subjektiven Rechte . . . . . 15—18

I. Subjektives Recht ein sekundärer Begriff 15

II. Zwischen subjektivem Recht und subjektiver Pflicht kein formaler Unterschied 16

III. Die absoluten Rechte 16

§ 2. Erfordernis der Tatbestandserfüllung . . . . . 18—33

I. Tatbestand und Rechtsfolge im begrifflichen Sinn nicht identisch mit den gesetzlichen Vorschriften 18

II. Einzelfälle 20

III. Tatbestandselemente sind teils juristische Tatsachen teils Rechtsfolgen 22

IV. Tatbestandsmerkmale und inhaltsgestaltende Elemente . . 24

V. Alle Tatbestandsmerkmale sind gleichwertig in ihrer rechtsbegründenden Wirkung 28

VI. Erfordernis der gänzlichen Tatbestandserfüllung 32

VII. Bedingung ist ein von den Parteien gesetztes Tatbestandselement 33

§ 3. Die Grenzen des subjektiven Rechts . . . . . 33—42

I. Bedeutung des Vorausgehenden für die Grenzziehung zwischen Anwartschaft und Recht 33

II. Entstehungsgrenze der Rechte aus Schuldverhältnissen mit wiederkehrenden Leistungen und bei Dauerverhältnissen . 34

II. Abschnitt: Die Anwartschaften

§ 1. Die Grundlagen der Anwartschaften . . . . . 42—63

I. Anwartschaft ein sekundärer Begriff 42

II. Anwartschaft auf eine subjektive Pflicht 45

III. Die Anwartschaft kann nur bestehen innerhalb ein und derselben Norm 46

IV. Die Anwartschaft ist abzuleiten aus dem Bedingungssatz der Norm 47

V. Anhaltspunkte für die Konstruktion der Anwartschaft . . 49

VI. Die Konstruktion der Anwartschaft 55

§ 2. Erfordernis der Tatbestandserfüllung . . . . . 63—70

I. Ablehnung der bisher aufgestellten Grundsätze über die Entstehungsgrenze der Anwartschaft 63

Seite

II. Erfordernis der Verwirklichung eines besonderen Tatbestandselements 66
III. Einzelfälle 68

§ 3. Grenzen der Anwartschaften . . . . . 70—83
I. Zeitliche Entstehungsgrenze der Anwartschaft 70
II. Zeitliche Abgrenzung der Anwartschaft gegenüber dem subjektiven Recht 70
III. Verhältnis der Anwartschaft zu den einzelnen Rechten, besonders zu den Gestaltungsrechten 70
IV. Verhältnis der Anwartschaft zur Ermächtigung, Genehmigung, Vollmacht, zu Verträgen zu Gunsten Dritter 80
V. Verhältnis der Anwartschaft zu den Schutzvorschriften . 82
VI. Begrifflicher Unterschied zwischen Anwartschaft und subjektivem Recht 83

§ 4. Anwartschaften sind keine subjektiven Rechte . . . . . 84—87

Schlußwort . . . . . 87—88

Exkurs: Die Ermächtigung, Bevollmächtigung und Zustimmung in ihrem Verhältnis zueinander und die sog. ermächtigenden Verträge zu Gunsten Dritter . . . . . 91—107

Literaturverzeichnis.

Andreae, Das Recht des Antragsempfängers 1914.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten 1883.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. I, 1886.

Beling, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 1923.

Beling, Besprechung von Fuchs, Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz in Kritische Vierteljahresschrift, 3. Folge, Bd. 20, S. 333.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. II und III, 1898, 1905.

Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe 1877—1883.

Biermann, Bürgerliches Recht, allgemeine Lehren und Personenrecht, 1908.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht, 1903.

Biermann, Die Lehre von der Stellvertretung und Vollmacht in der Giessener Festgabe für Dernburg, 1900.

Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 1922.

Brecht, Bedingung und Anwartschaft in Jhr. Jhrb. Bd. 61, S. 263 ff.

Breit, die Geschäftsfähigkeit, 1903.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1873.

Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, 1910.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1900; Bd. II, 1902.

Dernburg, Pandekten, Bd. I, 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Bd. I, 1902.

Eisele, Zur Lehre von den conditiones juris in Arch. f. zivil. Pr. Bd. 54, S. 109 ff.

Elzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1900.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1889.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1922; Bd. II, 1921.

Fischer-Henle, Handausgabe des bürgerlichen Rechts, 1923.

Fischer, Rechtswidrigkeit, 1911.

Flateau, Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel, 1909.

Gierke, Dauerschuldverhältnisse in Jhr. Jhrb. Bd. 64, S. 355 ff.

Grimm, Begründete Vermögensansprüche [§ 3 KO.] 1927 in Beiträge zum Zivilprozeß herausgegeben von Kisch, Mendelssohn-Bartholdy und Pagenstecher, 4. Heft.

Grützmann, Rezension über Örtmann, Rechtsbedingung in Arch. f. zivil. Pr., Bd. 125, S. 358 ff.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1903; 1907.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900.
Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 1910.
Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, 1910.
Hölder, Über objektives und subjektives Recht, 1893.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts, 1900.
Jäger, Konkursrecht in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, XVIII, 1924.
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung (5. Auflage) 1916.
Jhering, Geist des römischen Rechts, 1852—1865.
Jhering, Reflexwirkungen in Jhrb. 10, S. 245 ff.
Jhering, Passive Wirkungen der Rechte in Jhrb. Bd. 10, S. 359 ff.
Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Jhrb. Bd. 2, S. 67 ff.
Jung, Anweisung und Vollmacht in Jhr. Jhrb. 69, S. 82 ff.
Kaufmann, Zwangsvollstreckung in Leihmöbel in sächs. Arch. f. Rechtspflege, 1909, S. 336 ff.
Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1923.
Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925.
Kelsen, Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911.
Kisch, Deutsches Zivilprozeßrecht in der Sammlung Göschen, 1911.
Kisch, Grundriß des deutschen Konkursrechts, 1922.
Kisch, Die Berechnung des Pflichtteils aus einer nacherbrechtlichen Anwartschaft in Jhr. Jhrb. Bd. 61, S. 2 ff.
Kisch, Der Schiedsmann im Versicherungsrecht, 1924.
Kisch, Ist die Fremdversicherung ein Vertrag zu Gunsten Dritter in Recht, 1913, S. 317 ff.
Kisch, Mantelschuldverträge, namentlich in der Versicherung in Recht, 1923, S. 6 ff.
Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld, 1912.
Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, 1903.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1900.
Kisch, Handbuch des Privatversicherungsrechts, Bd. III, die Lehre vom Versicherungsinteresse, 1923.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1906—1919.
Kuhnt, Die Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungskäufers und Möbelleihers, 1913.
Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch in Z. f. Handelsrecht, Bd. 10, S. 183 ff.
Langheineken, Anspruch und Einrede, 1903.
Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, 1904.
Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg in Jhr. Jhrb. Bd. 19, S. 154 ff.
Leonhard, Kommentar zum Erbrecht, 1912.
Leonhard, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, 1900.
Leonhard, Zukünftige und gegenwärtige Rechte in Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 10, S. 140 ff.
Ludewig, Die Ermächtigung nach bürgerlichen Recht, 1922.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.
Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischen Recht, 1885,
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches I, 1896.

Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht I, 1928.
Nawiasky, Forderungs- und Gewaltverhältnis in Festschrift für Zitelmann, 1913.
Neumann, Handausgabe des BGB., 1905.
Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Recht, allgemeiner Teil 1908 und Schuldverhältnisse 1910.
Oertmann, Zur Struktur der subjektiven Privatrechte in Arch. f. zivil. Pr., Bd. 123, S. 129 ff.
Oertmann, Rechtsbedingung (condicio juris) 1924.
Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914.
Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff in Jhr. Jhrb. Bd. 31, S. 415 ff.
Ohmeyer, Verfügung über künftige Rechte, 1909.
Petersen, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte und das Revisionsgericht in DJZ. 1899, S. 281 ff.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, allgemeiner Teil 1913 und allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse 1914.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches I, 1897.
Puchta, Pandekten I, 1876.
Radke, Anwartschaften und Anwartschaftsrechte des bürgerlichen Rechts, 1913. (Dissertation)
Regelsberger, Pandekten 1893.
Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und Vertretenen im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 98, S. 372 ff.
Rümelin, Das Handeln im fremden Namen im bürgerlichen Gesetzbuch in Arch. f. zivil. Pr. Bd. 93, S. 131 ff.
Rund, Zur Frage der Gestaltungsrechte, 1913.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840–1849.
Schloßmann, Der Vertrag, 1876.
Schollmeyer, Kommentar zum allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse, 1900.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 1904.
Schulze, Tatbestand und Rechtsfolge in Beiheft zu Bd. II des Arch. für Rechts- und Wirtschaftphilosophie.
Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts, 1887.
Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht in Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 28, S. 1 ff.
Seckel, Gestaltungsrechte in der Berliner Festschrift für Koch, 1903.
Semeka, Wartrecht im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 35, S. 121 ff.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 1869.
Sohm, Der Gegenstand in der Leipziger Festgabe für Degenkolb 1905.
Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen 1924.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
Staub, Kommentar zum HGB., 12./13. Auflage.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 7./8. Auflage.
Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO., 12./13. Auflage.
Stein, Die Wirkung der Pfändungsbenachrichtigung in sächs. Arch. f. Rechtspflege, 1909, S. 1 ff.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB., 1903/4.
Strohal, Grenzen der Urteilskraft bei bedingter und betagter Forderung in der Leipziger Festgabe für Degenkolb, 1905.

Süß, Abtretung künftiger Forderungen, 1910.
Titze, Recht der Schuldverhältnisse in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft VIII, 1923.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1910—1918.
v. Tuhr, Unwiderrufliche Vollmacht in der Straßburger Festgabe für Laband, 1908, S. 43 ff.
v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung in Jhr. Jhrb. Bd. 48, S. 1 ff.
Vangorow, Lehrbuch der Pandekten, 1863—1869.
Walsmann, Der Verzicht, 1912.
Wach, Handbuch des Zivilprozeßrechts Bd. I, 1885.
Wendt, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, 1872.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1891.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts.
Windscheid, Wille und Willenserklärung, 1878.
Windscheid, Die Lehre von der Voraussetzung, 1850.
Zitelmann, Internationales Privatrecht, 1897; 1912.
Zitelmann, Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Arch. f. zivil. Pr., Bd. 99, S. 1 ff.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879.
Zitelmann, Die juristische Willenserklärung in Jhr. Jhrb. Bd. 16, S. 357 ff.

1. Kapitel:

Das Problem und die Methode seiner Lösung.

I. Es gibt in allen Zweigen des Wirtschaftslebens eine Fülle von Interessen, die auf Erwerb eines Gutes gerichtet sind. Diese Interessen erscheinen als sogenannte Rechtssaussichten, denen auf jedem Gebiet eine hervorragende Bedeutung zukommt. Sie treten juristisch dann zutage, wenn ein Teil der Voraussetzungen, an die sich ein Rechtserwerb knüpft, schon verwirklicht ist, während die endgültige Berechtigung noch von gewissen Momenten abhängt, deren Erfüllung erst bevorsteht. Ein solches Erwerbsinteresse besteht, um nur einige beliebige Beispiele herauszugreifen, für den Erben oder Vermächtnisnehmer zu Lebzeiten des Erblassers, für den Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalles, desgleichen für einen bedingt oder befristet Forderungsberechtigten vor Eintritt der Bedingung oder Ablauf der Frist. Hieher wäre etwa zu rechnen die Erwerbsaussicht des Versicherten auf Erhalt der Versicherungssumme, die vor Eintritt des Versicherungsfalles besteht, oder die Erwerbsaussicht des Abzahlungskäufers, der das Eigentum an der Kaufsache erst mit Tilgung der letzten Kaufpreisrate erwirbt, oder das Interesse des Vereins- und Gesellschaftsmitgliedes im Hinblick auf die erst am Ende eines jeden Jahres zur Zahlung kommenden Gewinnanteile. Desgleichen sind zu erwähnen, der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstückes in Bezug auf den Erwerb der Eigentümerhypothek, oder der Hypothekengläubiger vor Aushändigung des Hypothekenbriefes, ferner der Käufer einer Ware, die erst dem Spediteur zur Verfrachtung übergeben ist, ebenso der Grundstückskäufer bevor die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist, oder der Ersitzende, der erst nach Ablauf der Ersitzungsfrist das Recht erhält usw. Diese Erwerbsinteressen sind im Wirtschaftsleben von größter Bedeutung. Steht doch damit der gesamte Kreditverkehr in innigem Zusammenhang, indem einerseits der Kredit im Hinblick auf ein zu erwerbendes Gut gewährt wird, andererseits die Erwerbsaussicht als Sicherheit für einen gewährten Kredit verwendet wird, wie es etwa bei der Verpfändung künftiger Forderungen der Fall ist. Oder man denke an die wirtschaftliche Verwertung solcher Erwerbsinteressen durch Veräußerung derselben, wie sie bei der Übertragung künftiger Forderungen eine große Rolle spielt. Ein solches Interesse kann ferner schon Gegenstand einer Versicherung sein, wenn etwa jemand deshalb an der Unversehrtheit einer Sache interessiert ist, weil er eine Aussicht auf ihren Erwerb hat[1]). Im

[1]) Vgl. Kisch. Die Lehre vom Versicherungsinteresse. S. 96 ff.

Patentrecht führte das Interesse des Erfinders dazu, ihm schon vor der Patentverleihung den sogenannten Erfinderschutz zu gewähren. Man denke ferner an die Verwertung wirtschaftlicher Erwerbsaussichten bei der Aufstellung von Bilanzen, bei der Festsetzung von Steuern, bei der Festlegung der Preise, bei der Berechnung von Schadenersatzansprüchen und dergl. mehr. Wohl in allen Zweigen des Wirtschaftslebens sind Fälle zu beobachten, in denen solche Erwerbsinteressen Bedeutung haben und man kann sogar die Tendenz feststellen, daß mit Steigerung des Tempos, in dem der gegenseitige wirtschaftliche Verkehr sich abwickelt, die Bedeutung solcher Erwerbsinteressen sich weiterhin steigert.

Da es Aufgabe des Rechts ist, den wirtschaftlichen Interessen, soweit sie schutzwürdig erscheinen, die Sicherheit und staatliche Garantie zu verleihen, muß auch die Rechtswissenschaft versuchen, mit dem gegebenen Normenmaterial diese Interessen zu erfassen und rechtlich zu behandeln. Es ist also namentlich zu prüfen, ob solche Erwerbsinteressen überhaupt Gegenstand einer rechtlichen Verfügung sein können und auf welche Art diese zu erfolgen habe. Das gilt besonders für die Übertragbarkeit, Belastungsfähigkeit und Pfändbarkeit derselben. Teilweise wird eine solche Möglichkeit schon in Theorie und Praxis anerkannt, wenn auch die Durchführung im einzelnen sehr bestritten ist. So z.B. die Übertragbarkeit der Erwerbsaussicht des Erben, oder die Pfändung von sogenannten Leihmöbeln. Die Eigenart des Verfügungsgegenstandes läßt auch wohl schon vermuten, daß sie auf das Verpflichtungsgeschäft nicht ohne jeden Einfluß sein wird. So wird namentlich zu untersuchen sein, ob beispielsweise die Grundsätze über die Haftung oder über die Unmöglichkeit der Leistung im Falle des Erlöschens einer Erwerbsaussicht ohne weiteres zur Anwendung kommen können. Es ist ferner zu prüfen, was im umgekehrten Falle gilt, wenn sich die Erwerbsaussicht nunmehr in das Recht selbst verwandelt. Wie steht es weiter mit dem deliktischen Schutz dieser Erwerbsinteressen? Wie sind sie im Prozeß, in der Zwangsvollstreckung, im Konkurs, im Zwangsvergleich zu berücksichtigen? Welche Bedeutung kommt ferner diesen Interessen auf strafrechtlichem Gebiete zu? Kann z. B. die Zerstörung einer Erwerbsaussicht eine strafbare Handlung bilden? Oder welchen Einfluß hat etwa der Wechsel der Gesetze auf bestehende Rechtsaussichten, eine Frage, die namentlich im öffentlichen Recht wiederholt praktisch geworden ist. Es ergibt sich schon aus dieser kurzen Andeutung, welche Fülle von praktisch höchst bedeutsamen Fragen das Problem der juristischen Erschliessung dieser Erwerbsinteressen umfaßt.

Bei diesem Unternehmen erheben sich aber anderseits zugleich Bedenken. Dem wirtschaftlichen Vorteil, der z. B. in vielen Fällen einer Verfügungsmöglichkeit über ein Gut auf Grund der bloßen Erwerbsaussicht auf dasselbe zukommt, entspricht auf der anderen Seite eine ebenso große Gefahr. Es hieße einer irrationalen Spekulation die Türe öffnen und die Sicherheit des Rechtsverkehrs untergraben, wollte man in allzu großzügiger Weise diesem wirtschaftlichen Postulat Rechnung tragen.

Jedoch trotz dieser Gefahren scheint mir eine Beachtung des wirtschaftlichen Bedürfnisses, die Erwerbsaussichten der rechtlichen Disposition zugänglich zu machen, geboten und wird auch in Theorie und Praxis immer mehr anerkannt. Wie im Einzelfall den damit verbundenen Gefahren pariert werden kann, das ist bei der praktischen Behandlung dieser Rechtsaussichten im Einzelfall zu untersuchen.

In der modernen dogmatischen Literatur zeigen sich verschiedene Ansätze, einzelne solcher Interessen rechtlich zu erfassen. Doch ist es im wesentlichen die rechtliche Stellung des Erben vor Anfall der Erbschaft und die Rechtslage des bedingt oder befristet Forderungsberechtigten, die mehr Aufmerksamkeit auf sich lenkte. In der vorliegenden Untersuchung soll der Versuch gemacht werden, diese Erwerbsinteressen in ihrer Gesamtheit rechtlich zu erfassen. Dabei ist zunächst zu versuchen, einen einheitlichen Rechtsbegriff zu finden, unter dem diese einzelnen Interessen zwanglos eingefügt werden können. Ferner gilt es, diesen Rechtsbegriff in das gesamte Rechtssystem einzustellen und dann ist zu versuchen, die einheitlichen Tendenzen ihrer rechtlichen Behandlung zu erforschen.

Als einheitlicher Rechtsbegriff soll der Begriff Anwartschaft oder Rechtsanwartschaft aufgestellt werden. Allerdings muß sich diese Untersuchung auf die Auffindung und rechtliche Abgrenzung der Anwartschaft gegenüber anderen Begriffen beschränken. Sie wird also sozusagen nur den theoretischen Teil der Anwartschaftslehre aufstellen, während die praktische Behandlung der Anwartschaft mit Rücksicht auf den vorweg beschränkten Umfang dieser Arbeit hier auszuscheiden und einer späteren Darstellung vorzubehalten war.

II. Bevor mit der Auffindung des Begriffes Anwartschaft begonnen werden kann, ist es notwendig, zum besseren Verständnis der nachfolgenden Gedankengänge, die hier eingeschlagene Methode darzulegen.

1. Wenn die unfertigen Rechte hier als Anwartschaften konstruiert werden, so könnte das zunächst als ein müßiger Streit um Worte bezeichnet werden, da man ja doch alle die einbezogenen Positionen als sogenannte „bedingte Rechte“ ansehen und behandeln könnte, wie es namentlich die Pendenztheorie hinsichtlich der bedingten Rechte behauptet [1]). Jedoch abgesehen von später darzulegenden schweren theoretischen Bedenken, die sich bei der Untersuchung der Entstehungsgrenzen subjektiver Rechte gegen diese Auffassung erheben, hat diese Frage auch praktisch weittragende Bedeutung. Während die bedingten Rechte nach dieser Theorie als schon bestehende Rechte zu behandeln wären, ist bei den Anwartschaften erst zu prüfen, inwieweit die Vorschriften über die Behandlung der einzelnen subjektiven Rechte zur Anwendung kommen können [2]). Würde man beispielsweise das sogenannte Recht des Erben

[1]) Hauptvertreter Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin.

[2]) Daß Anwartschaften selbst noch keine subjektiven Rechte sind, darüber siehe II. Abschn. § 4.

auf die Erbschaft als bedingtes Recht betrachten, so wäre ohne weiteres klar, daß die Übertragung dieses Rechtes nicht in einem einzigen Akt vollzogen werden könnte, sondern die Rechte auf jeden einzelnen Gegenstand des Nachlasses müßten gesondert übertragen werden. Das Reichsgericht dagegen legte der Übertragung dieser sogenannten Anwartschaft in der Entscheidung Bd. 101 S. 189 den § 413 BGB. zugrunde. Desgleichen würde sich die Pfändung von sogenannten Leihmöbeln ganz verschieden gestalten, je nachdem man den Abzahlungskäufer schon als Eigentümer der Möbel betrachtet, dessen Recht vorerst noch unwirksam ist, oder ihm nur eine Anwartschaft auf die Möbel zuspricht, die das Objekt der Pfändung bildet.

2. Des weiteren könnte gegen dieses Unternehmen der Einwand erhoben werden, es sei nicht angängig, die Vielgestaltigkeit wirtschaftlicher Interessen in juristische Begriffsschablonen zu pressen. Hierauf ist zu erwidern, daß das Verfahren gerade umgekehrt ist. Aus der Vielgestaltigkeit der einzelnen Interessen werden die gleichbleibenden juristisch-formalen Kriterien gewonnen und gerade die formale Begriffsbestimmung, die unabhängig von dem jeweiligen Inhalt ist, — eine inhaltliche Abgrenzung der Anwartschaften ist m. E. unerfindlich —, ermöglicht es, auch diese Rechtserscheinungen dogmatisch zu erfassen. Es handelt sich mithin um dieselbe gedankliche Operation, wie sie auch erforderlich war, um zu den Begriffen Willenserklärung, Rechtsgeschäft, Schuld etc. zu gelangen. Denn auch sie, wie überhaupt alle allgemeinen Rechtsbegriffe sind weitgehend losgelöst von dem konkreten Inhalt im Einzelfall.

3. Schließlich wird diese Betrachtungsart noch durch eine rechtsphilosophische Erwägung gerechtfertigt. Soferne man sich zu dem Dualismus zwischen Sollen und Sein bekennt, ist dieser Unterschied bei jeder Normativwissenschaft und besonders auch in der Rechtswissenschaft zu beachten [1]). Ebenso wenig wie hiernach die subjektiven Rechte identisch sind mit den Interessen, die sie schützen sollen [2]), sind es die Anwartschaften mit den wirtschaftlichen Erwerbsinteressen. Vielmehr sind die Begriffe subjektives Recht und Anwartschaft nur das normative Pendant, sozusagen, das in der Rechtsordnung erscheinende Spiegelbild der wirtschaftlichen Interessen, mit denen sie ihrem Zweck nach korrespondieren. Es ist daher Aufgabe der Rechtswissenschaft, einerseits die schutzwürdigen Interessen zu erfassen, andererseits aus dem gegebenen Normenmaterial einen Begriff zu formulieren, der einerseits diese Interessen rechtlich deckt, andererseits der Rechtsdisposition zugänglich wird [3]).

[1]) Dabei wird aber das Sollen, die Norm, nicht mit Kelsen als transzendentale Denkform aufgefaßt, sondern als empirisches Sollen, sodaß zum Normbegriff auch der Inhalt des Rechtssatzes gehört.

[2]) Es wird also Jherings Definition der subjektiven Rechte als rechtlich geschützte Interessen (Geist III S. 307 ff) abgelehnt.

[3]) Die Interessensbetrachtung steht demnach mit der rein formalen Betrachtung keineswegs in Widerspruch, sondern beide Betrachtungsweisen haben sich gegenseitig zu ergänzen. Während aus der Interessensbetrachtung folgt „ob" im gegebenen Fall die Rechtsgarantie einzugreifen habe, weist die formale Betrachtung den Weg, „wie" das rechtstechnisch zu erfolgen habe. Dagegen ist m. E. keine der beiden Betrachtungsweisen für sich allein geeignet, den Zweck des Rechts vollends zu verwirklichen.

III. Da die Anwartschaft aus dem gegebenen Normenmaterial zu gewinnen ist, muß natürlich den Ausgangspunkt der Betrachtung die Rechtsnorm bilden. Dabei kann es nicht erspart werden, auf einige ganz allgemeine Rechtsbegriffe einzugehen, denn es wird sich bald zeigen, inwieweit hier schon Unterscheidungen zu machen sind, die bisher nicht genügend beachtet wurden. Andererseits ist es notwendig, den Begriff subjektives Recht darzulegen, um die Anwartschaft hiervon zeitlich und begrifflich abgrenzen zu können. Es wird sich außerdem bei der Konstruktion der Anwartschaften eine weitgehende Parallele mit der Konstruktion der subjektiven Rechte zeigen. Natürlich kann im Rahmen dieser Aufgabe keine Rede davon sein, zu allen einschlägigen Streitfragen Stellung zu nehmen. Zugrunde gelegt wurde im wesentlichen die im Privatrecht herrschende Normentheorie.

I. Abschnitt.

Das subjektive Recht.

§ 1. Die Grundlagen der subjektiven Rechte.

I. Das Wort Recht in der Bedeutung von Berechtigung wird in sehr verschiedenem Sinn gebraucht. Es wird z. B. gesagt, A ist berechtigt, von B 100 Mk. zu verlangen, oder A hegt berechtigten Groll gegen B, oder A hat nicht das Recht, sich an den Stammtisch zu setzen. In jedem dieser Fälle erweist sich die Behauptung, „A habe recht“ als ein Urteil, als das Ergebnis einer logischen Schlußfolgerung, das gewonnen wird durch Subsumtion konkreter Umstände als Untersatz unter eine Norm als Obersatz. Die Norm bildet sozusagen den Maßstab, an dem die konkreten Tatumstände gemessen werden. Dieser Maßstab ist aber bei den einzelnen angeführten Fällen nicht jeweils der gleiche. Er ist vielmehr teils der Rechtsordnung, teils den Geboten der Sittlichkeit, teils den gesellschaftlichen Regeln entnommen. In jedem Fall aber spricht man von Berechtigung und in jedem Fall erweist sich diese Berechtigung als ein sekundärer Begriff, indem das konkrete Urteil abgeleitet wird von einer objektiven Norm.

Was hier allgemein gesagt wurde, das gilt auch für den Begriff Berechtigung oder subjektives Recht im juristischen Sinn[1]). Dieses unterscheidet sich von der moralischen, sittlichen, gesellschaftlichen

[1]) Vgl. Literatur: Windscheid, Pand. I § 37 ff; Dernburg, Pand. I § 39 ff; Savigny, System I § 51 ff; Bekker, Pand. I S. 46 ff; Brinz, Pand. I § 64; Jhering, Geist III, S. 307 ff; Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts; Schloßmann, Der Vertrag, S. 243 ff; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht; Hölder, Objektives und subjektives Recht; Beling, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie; Beling, Besprechung von Fuchs; Binding, Normen I; Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe; Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht; Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht; Kelsen, Hauptprobleme; Oertmann, zur Struktur der subjektiven Rechte; Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff; Tuhr, Allgem. Teil I S. 53 ff; Zitelmann, Intern. Privatrecht I S. 37; Enneccerus, Bürgerl. Recht I, § 65; Langheineken, Anspruch S. 8, u. a. m.

Berechtigung dadurch, daß ihm eine Rechtsnorm zugrunde liegt, von der es abgeleitet wird. Auch das subjektive Recht im juristischen Sinn ist ein sekundärer Begriff und ein subjektives Recht, das nicht von einer objektiven Rechtsnorm abgeleitet wäre, ist undenkbar[1]).

Mit dem Gesagten ist das Wesen der subjektiven Berechtigung schon dargelegt. Da die Behauptung, jemand ist subjektiv berechtigt, ein Urteil darstellt, das gewonnen wird durch Subsumtion konkreter Umstände unter den Tatbestand einer Rechtsnorm, muß diese Norm, die als Maßstab dient, in concreto auf die betreffende Person anwendbar sein. Es muß also auf Grund der Übereinstimmung der verwirklichten Umstände mit dem Tatbestand der Norm die in der Norm ausgesprochene Rechtsfolge Anwendung finden auf die berechtigte Person. Ein subjektives Recht liegt somit dann vor, wenn eine Person in jener Beziehung zu der rechtsgewährenden Norm steht, wonach diese Norm Anwendung findet auf diese Person, die dadurch berechtigt wird.

II. Ähnlich wie beim subjektiven Recht verhält es sich auch bei der subjektiven Pflicht. Auch sie entsteht dadurch, daß eine verpflichtende Norm in concreto Anwendung findet auf eine bestimmte Person, die um deswillen zum Schuldner wird. Ein formaler Unterschied zwischen subjektivem Recht und subjektiver Pflicht besteht somit nicht, vielmehr ist der Unterschied ein normeninhaltlicher[2]). Es erhebt sich daher die Frage, wie beschaffen inhaltlich die Norm sein muß, damit sie im Fall ihrer konkreten Anwendung ein subjektives Recht verleiht. Nach der im Zivilrecht herrschenden Meinung sind jene Normen rechtsgewährende Normen, die „dem einzelnen Individuum ein Herrschaftsgebiet zuweisen, auf dem sein Wille zu gelten hat“ [3]), die demjenigen, dem sie zur Verfügung stehen, eine „Willensmacht“ verleihen[4]). Dabei ist Willensmacht nicht identisch mit dem subjektiven Recht, sondern erstere ist die Wirkung des subjektiven Rechts, die Folgeerscheinung der konkreten Anwendung einer rechtsgewährenden Norm auf die Person des Berechtigten.

III. Erblickt man nun das Wesen der Rechtsnorm darin, daß sie in erster Linie eine Wertung (Wertfestsetzung) darstellt, die, ohne sich an bestimmte Adressaten zu wenden, über die einzelnen Tatsächlichkeiten des sozialen Lebens ein Werturteil abgibt, und in zweiter Linie die allgemeine Anforderung enthält, sich nach der

---

[1]) Vgl. Beling, Rechtswissenschaft S. 8; Tuhr I, S. 54, Note 2; Elzbacher, S. 29 ff.

[2]) Es wird sich zeigen, daß deshalb auch — sofern man eine Anwartschaft auf eine Pflicht anerkennen will — ein formaler Unterschied zwischen Rechtsanwartschaft und Pflichtanwartschaft nicht besteht.

[3]) Tuhr I, S. 54, 1; ebenso Savigny I, S. 333: „Diese Bestimmung durch eine Rechtsregel besteht aber darin, daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat“.

[4]) Tuhr I, S. 56, II; Windscheid I, § 37.

vom Gesetzgeber aufgestellten Ordnung zu richten[1]), so ergibt sich daraus, daß auch die sogenannten „gewährenden" Rechtssätze wirkliche Rechtsnormen sind, indem sie einem Subjekt eine rechtliche Herrschaft über einen Teil der Außenwelt zusprechen, wie z. B. die Norm: Der Eigentümer darf mit seiner Sache nach Belieben verfahren. Von diesem Normenbegriff ausgehend muß nicht notwendig mit jedem Recht eine Pflicht korrespondieren (so die dinglichen Rechte und die Gestaltungsrechte)[2]).

Das Wesen des subjektiven Rechts oder der subjektiven Pflicht besteht also nach dem Gesagten in jener Beziehung der berechtigenden oder verpflichtenden Norm zum Berechtigten oder Verpflichteten, wonach diese Norm in concreto Anwendung findet auf diese Person. Auch das Wesen der Anwartschaft (natürlich immer nur im Sinn einer „subjektiven" Anwartschaft verstanden) wird sich aufweisen als eine konkrete Beziehung des Anwärters zur Rechtsnorm, wonach zwar die Rechtsfolge der Norm selbst noch nicht zur Verfügung steht, aber ihre Anwendung schon bis zu einem gewissen Grad garantiert wird.

Es ist nun notwendig, die Rechtsnorm einer Analyse zu unterziehen. Dabei gilt es vornehmlich folgende Fragen zu lösen: 1. Wie ist die Rechtsnorm aufzustellen, da die Norm im begrifflichen Sinn keineswegs identisch ist mit den im Gesetz formulierten Rechtssätzen. 2. Wo in der Norm ist die Scheidung vorzunehmen zwischen Tatbestand und Rechtsfolge. 3. Welches sind die Elemente, die im

[1]) Vgl. Beling, Besprechung von Fuchs, S. 339: „Alles Recht ist wertende Stellungnahme zu den Gegebenheiten des sozialen Lebens". S. 340: „Worauf es dem Recht ankommt, ist die So- oder So-Gestaltung des gesellschaftlichen Daseins und nur weil dieses bloß auf dem Wege menschlicher Entschließungen erreichbar ist, gestellt sich zu dem primären, der „Normierung" = Bewertung der Lebensgegebenheiten, das Imperativische akzessorisch hinzu. Es gibt also zwei Grundarten von Rechtssätzen: Die erste Gruppe zeichnet eine sachliche Güterordnung, ein Bild des sozialen Lebens, wie es sein soll oder nicht sein soll (diese Rechtssätze berechtigen oder verpflichten); und zu ihr tritt — nicht eine zweite Gruppe, sondern — ein einziger Imperativ, der dem Menschen befiehlt: „Darnach richtet Euch".

Innerhalb der ersten Gruppe herrscht das „Soll" als ein adresseloses: „Es soll" (natürlich immer behufs des hinzufügenden Imperativs); erst der Imperativ ist eine Anrede an die Seelen.

[2]) Es wird somit die Imperativtheorie abgelehnt, die in jeder Norm einen Befehl erblickt, so besonders Bierling, Kritik 171 ff; Thon, S. 147, 325; auch Windscheid I, § 38. Vgl. gegen Thon besonders Binding I, S. 103 Note 5. Thon kommt S. 175 ff auf Grund dieser Theorie zu dem Ergebnis, daß das Eigentum selbst nur eine Anwartschaft auf einen Anspruch sei, der dem Geschützten aus der Verletzung der Norm entspringt. Schloßmann Vertrag S. 257 lehnt deshalb den Eigentumsbegriff als subjektives Recht überhaupt ab. Nach Kelsen, Hauptprobleme S. 625 und 663 ist subjektives Recht im Sinne von Berechtigung: „Der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Verfügung die Realisierung des im Rechtssatz ausgesprochenen Willens des Staates zur Unrechtsfolge abhängig gemacht ist"; oder: „Das subjektive Recht der Untertanen ist der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Anspruch der im Rechtssatz erklärte Wille des Staates zu irgend einem Handeln abhängig gemacht ist". Das subjektive Recht würde hiernach zusammenfallen mit dem sogenannten Klaganspruch. Kelsen kommt zu diesem Ergebnis auf Grund der Erfassung der Norm als eine rein transzendentale Denkform. Dagegen aber siehe Beling, Rechtsphilosophie passim. und oben S. 14, Note 1.

bedingenden Tatbestand der Norm enthalten sind und welche Rechtswirkung knüpft sich an ihre Verwirklichung? Diese Fragen sind trotz ihrer elementaren Natur für die Lösung des Problems unmittelbar von grundlegender Bedeutung. Es wird sich zeigen, daß ihre Beantwortung einerseits notwendige Voraussetzung ist für die Frage, ob eine Anwartschaft überhaupt zur Entstehung kommen kann, andererseits wann sie durch das Recht selbst verdrängt wird.

§ 2. Erfordernis der Tatbestandserfüllung.

1. Gewöhnlich weist jede Rechtsnorm zwei Bestandteile auf, nämlich den bedingenden Tatbestand und die Rechtsfolge. Unter Tatbestand der Norm ist zu verstehen die Summe jener einzelnen Voraussetzungen (Tatbestandselemente = Merkmale) mit deren Verwirklichung für eine bestimmte Person die Möglichkeit gegeben ist, im konkreten Fall die als Rechtsfolge aufgestellten Befugnisse geltend zu machen [1]). Die begriffliche Trennung innerhalb der Norm im Tatbestand und Rechtsfolge ist aber keineswegs identisch mit dem Wortlaut der einzelnen Rechtsvorschriften [2]). Es ist vielmehr zwischen Tatbestand im begrifflichen Sinn und zwischen dem Bedingungssatz einer gesetzlichen Vorschrift vielfach eine weitgehende Differenz vorhanden.

1. Diese Verschiedenheit beruht zum Teil darauf, daß der Tatbestand einer Norm auf mehrere Rechtssätze verteilt ist, wie z. B. aus den allgemeinen Vorschriften über die Rechtsgeschäfte ersichtlich ist. Teils beruht sie darauf, daß umgekehrt mehrere selbständige Normen in einer Rechtsvorschrift zusammengefaßt sind. Beispiel § 823 Abs. I BGB. Die besagte Divergenz ergibt sich ferner zum Teil daraus, daß Tatbestandselemente möglicherweise im Nachsatz einer Rechtsvorschrift erscheinen. Ein Beispiel bietet der § 524 BGB: Damit der Schenker, der arglistig einen Mangel im Rechte verschweigt, zum Schadenersatz verpflichtet wird, muß tatsächlich ein Schaden für den Beschenkten entstanden sein. Der Schaden ist somit Tatbestandselement und erst wenn dieser gegeben

---

[1]) An Literatur vergl. Bekker, Pand. § 80, Bierling, Kritik II, S. 256 ff.; derselbe Prinzipienlehre IV, § 48; Regelsberger, Pand. § 118; Savigny, System III, § 104; Windscheid, Pand. I § 68; Dernburg, Pand. I, § 79; derselbe B. R. I § 102; Zitelmann, Irrtum S. 200 ff.; Oertmann, Rechtsbedingung passim; derselbe, Rechtsordnung, S. 229; Endemann B. R. I, § 57; Crome, B. R. I, § 50; Cosack, B. R. I, § 50; Enneccerus, B. R. I, § 126; Tuhr, Allg. Teil II, S. 3 ff; Schulze, Tatbestand und Rechtsfolge, Elzbacher, Handlungsfähigkeit S. 59 ff.

[2]) Vgl. Kelsen, Hauptprobleme S. 138 Note 1: „Es wäre ein arger Irrtum, wollte man den Rechtssatz, der erst aus den konkreten Gesetzen heraus konstruiert werden muß, mit einem der Sätze im grammatikalischen Sinn identifizieren, aus denen die konkreten Gesetze aufgebaut werden. Es ist selbstverständlich, daß aus rein ästhetisch-stilistischen und auch aus anderen gesetztechnischen Gründen die . . . Norm mit allen ihren wesentlichen Bestandteilen tatsächlich auch im konkreten Gesetz nicht in einem einzigen Satz stilisiert wird . . . Sache der juristischen Konstruktion ist es, die ideale Norm aus diesen Teilen zusammenzusetzen".

ist, entsteht die Ersatzpflicht[1]). Endlich gibt es noch Fälle, in denen die Scheidung von Tatbestand und Rechtsfolge im Wortlaut der Rechtsvorschrift überhaupt nicht zum Ausdruck gebracht ist. Beispiel § 306 BGB.

2. Ebenso wenig wie der Bedingungssatz einer Rechtsvorschrift mit dem Begriff Tatbestand übereinstimmt, ist aus dem Nachsatz einer Rechtsvorschrift immer die begriffliche Rechtsfolge zu entnehmen. Es lautet beispielsweise der § 276 BGB: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten". Die darin ausgesprochene Haftbarkeit des Schuldners ist nicht Rechtsfolge im begrifflichen Sinn[2]), sondern ein Tatbestandselement und als solches erscheint sie etwa in den §§ 265 Satz 2, 280 Abs. 1, 325 Abs. I Satz 1, 338 Satz 1, 635 BGB. Aber auch die Rechtsfolge im begrifflichen Sinn ist meist nicht in einer einzigen Gesetzesvorschrift enthalten, sondern wiederum auf mehrere Rechtssätze verteilt. Sie wird vielfach durch mehrere Einzelbestimmungen erst umschrieben, die nur in ihrer Zusammenfassung den Inhalt des eigentlichen subjektiven Rechts geben. Beispiele für solche Einzelbestimmungen sind etwa die §§ 270, 271, Abs. 1 BGB., die nur eine Modalität der Leistungspflicht enthalten. Zu unterscheiden von diesen Fällen sind jene, in denen das Gesetz sozusagen einen Inbegriff aufstellt, der einen ganzen Komplex von Einzelrechten umfaßt, während die einzelnen unter diesem Begriff fallenden Rechte in besonderen Vorschriften aufgezählt werden. So spricht das Gesetz z. B. von Eigentum, Pfandrecht, Hypothek etc. Die einzelnen Befugnisse, die unter diesen Inbegriff fallen, sind selbständige subjektive Rechte, die begrifflich vielfach nur eine Konsequenz des eigentlichen zugrunde liegenden Rechts bedeuten. So besteht das Eigentum einer Sache in der unbeschränkten Rechtsherrschaft über sie § 903 BGB. Dagegen die im § 985 ff. BGB. aufgezählten Ansprüche sind nur Konsequenzen aus diesem Rechte, wie auch schon durch die Überschrift des Gesetzes vor § 985 besagt wird[3]). Der Unterschied des vorher erwähnten Falles gegenüber diesem besteht darin, daß im letzteren eine Reihe selbständiger subjektiver Rechte bestehen, im ersteren Fall dagegen nur ein einziges subjektives Recht gegeben ist, dessen Inhalt durch einzelne Bestimmungen näher ausgestaltet wird. Ob dieser oder der vorhergehend erwähnte Fall einer bloßen Modalität vorliegt, beurteilt sich darnach, ob die einzelnen Befugnisse selbständig abtretbar sind. Die hier praktische Bedeutung dieses Unterschiedes

[1]) Natürlich hat hier der Schaden auch für den Rechtsinhalt Bedeutung, indem er zugleich die Höhe des Anspruches bestimmt. Vgl. auch Tuhr, I S. 130 vor 2.

[2]) Ähnlich auch Kisch, Unmöglichkeit S. 39.

[3]) Würde man mit Thon u. A. den Dinglichkeitsbegriff nur negativ, d. h. als Summe von Verbotsvorschriften gegenüber jedem Dritten fassen, so würde sich das ganze Bild verschieben, denn einen positiven Inhalt würden diese Rechte nicht haben. Es würden vielmehr jene Befugnisse, die hier als Inhalt des Eigentums, des Pfandrechts etc. bezeichnet werden, besondere außerhalb des Eigentums, Pfandrechts etc. liegende Rechte sein. Vgl. Thon S. 327 ff; Tuhr I S. 134.

beruht darin, als im letzteren Fall auf die einzelnen selbständigen Rechte auch jeweils selbständige Anwartschaften gegeben sein können, was im vorigen Fall undenkbar ist. Das führt namentlich bei der Übertragung und Pfändung der Anwartschaften zu praktisch sehr verschiedenen Konsequenzen.

II. Da die Frage der Existenz einer Anwartschaft wie unten noch dargelegt wird, nur beantwortet werden kann auf Grund der teilweisen oder vollständigen Erfüllung des Tatbestandes einer Norm, da andererseits nach dem Gesagten die grammatikalische Scheidung der einzelnen Rechtsvorschriften in Bedingungssatz und Nachsatz gewöhnlich nicht übereinstimmt mit der begrifflichen Scheidung innerhalb der Norm in Tatbestand und Rechtsfolge, kann auch der Wortlaut der im Gesetz formulierten Rechtssätze für die Ableitung der Anwartschaft nicht maßgebend sein, sondern es ist jeweils erst die begriffliche Norm aus diesen Rechtssätzen zusammenzusetzen. Es erhebt sich daher die Frage, nach welchem Kriterium die Konstruktion der Norm sich beurteilt. Die in der Norm ausgesprochene Rechtsfolge enthält nach der oben dargelegten Auffassung lediglich eine zusprechende oder ablehnende Wertung der Gegebenheiten des sozialen Lebens (nicht etwa nur die Unrechtsfolge). Somit kann ein rechtslogisches Kriterium für die Konstruktion der Norm nicht gefunden werden. Die Zusammensetzung der Norm ist vielmehr eine Frage des Sinnes[1]). Der Zweck der Rechtsordnung besteht in dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen. Deshalb ist der jeder Norm zugrunde liegende rechtspolitische Gesichtspunkt klarzustellen und darnach zu beurteilen, welche Normenkonstruktion diesem am besten entspricht[2]). In diesem Zusammenhang mögen wegen ihrer prinzipiellen Bedeutung für diese Untersuchung folgende drei Fälle erwähnt werden:

[1]) Elzbacher, Handlungsfähigkeit S. 46 sagt: „Weil die Rechtsnorm eine Norm ist, die auf menschlichem Wollen beruht, deshalb bilden alle diejenigen Rechtssätze zusammen eine Rechtsnorm, die nicht für sich allein, sondern nur zusammen als Glied eines Ganzen gewollt sein können". Dieses Kriterium besagt indes nichts und ist unbrauchbar.

[2]) Es ist nicht möglich, hier diesen Gedanken weiter zu verfolgen und auszubauen. Insbesondere muß darauf verzichtet werden, in jedem Einzelfall, in dem in dieser Untersuchung die Konstruktion einer Norm zugrunde gelegt wird, die Richtigkeit derselben auf Grund des aufgestellten Gesichtspunktes darzulegen. Es möge nur noch erwiesen werden, daß dieser Standtpunkt keineswegs mit dem Gesetz in Widerspruch steht, sondern sogar durch einzelne Bestimmungen seine Bestätigung findet. 1. Nach BGB. ist es eine Frage der Auslegung, ob eine Bedingung als aufschiebend oder als auflösend anzusehen ist. Es ist also eine Frage des Sinnes, ob bei der Konstruktion der Norm der bedingende Umstand in den Tatbestand der Norm zu setzen ist, oder ob neben die rechtsgewährende Norm eine zweite Norm aufzustellen ist, die das aus der ersteren sich ergebende Recht bei Eintritt jenes bedingenden Ereignisses wieder aufhebt. 2. Nach § 328 BGB. ist aus den besonderen Umständen zu entnehmen, ob ein Vertrag zugunsten Dritter ein berechtigender oder nur ein ermächtigender ist. Auch hier ist es wieder Frage des Sinnes, wie die zur Anwendung kommende Norm im Einzelfall zu konstruieren ist. 3. Ähnlich ist es auch eine Auslegungsfrage, ob ein Umstand als aufschiebende Bedingung oder als Auflage anzusehen ist. Im ersteren Fall müßte er in den Tatbestand der Norm aufgenommen werden, im letzteren Fall gehört er als Beschränkung des Rechtsinhaltes in die Rechtsfolge der Norm.

a) Vielfach wird von einem besonderen subjektiven Recht, Verträge zu schließen oder sonst rechtswirksame Handlungen vorzunehmen, gesprochen. Das würde dazu führen, daß eine Grenze zwischen Recht und Anwartschaft überhaupt nicht gezogen werden könnte, vielmehr müßte beides zusammenfallen. Ferner bestünde hiernach kein Unterschied zwischen Erfüllung einer Potestativbedingung und Ausübung eines Gestaltungsrechts, sondern jede konkrete Handlungsfähigkeit wäre ein subjektives Recht. Diese Auffassung ist rechtspolitisch keineswegs gerechtfertigt und insbesondere vom dogmatischen Standpunkt aus abzulehnen. Die Geschäftsfähigkeit befugt zu gar nichts. Sie bildet nur in Form einer rechtlichen Eigenschaft ein Tatbestandselement, ebenso wie die Willenserklärung, die Übergabe einer Sache oder sonst ein rechtserheblicher Vorgang. Die Geschäftsfähigkeit hat nicht die Bedeutung, als würde sie die Möglichkeit, rechtserheblich zu handeln, als Rechtsfolge im begrifflichen Sinn nach sich ziehen (denn nur dann könnte von einem subjektiven Recht gesprochen werden), sondern sie ist nur die einheitliche Bezeichnung für gewisse Voraussetzungen, die bei jedem gültigen Geschäftsabschluß gegeben sein müssen; nämlich Rechtsfähigkeit, ein bestimmtes Alter und normale geistige Qualifikation. Die Eigenschaft der Geschäftsfähigkeit steht also mit den übrigen Voraussetzungen des Rechtserfolges in einer Linie, sie bildet ebenso wie diese ein Tatbestandselement[1]).

b) Keine materielle Bedeutung kommt ferner der Möglichkeit zu, auf Grund einer Bevollmächtigung oder Ermächtigung Geschäfte abzuschließen, die gegenüber dem Vollmachtgeber oder dem Erteiler der Ermächtigung Bedeutung erlangen. Die nähere Begründung dieser Behauptung wird erst unten im Abschnitt II § 3 dargelegt werden. Hier genügt es, darauf hinzuweisen, daß auch die Erteilung der Vollmacht oder Ermächtigung mit den übrigen Voraussetzungen des Vertragsabschlusses, also Vertragsofferte, Annahme etc. als Tatbestandselement in einer Linie stehen.

c) Wie schon darauf hingewiesen wurde, gibt es verschiedene Rechte aus denen bei Hinzukommen eines weiteren Umstandes neue Rechte, entspringen. Z. B. aus dem Eigentum entsteht im Falle einer Störung ein Unterlassungsanspruch. Hier ist es ganz klar, daß zwei verschiedene Normen gegeben sind. Die erste gewährt das Eigentum. In der zweiten Norm dagegen erscheint das Eigentum und die hinzutretende Störung wieder als Tatbestandselement. Als Folge für die

[1]) Während das Gesetz beim Fehlen dieser allgemeinen Voraussetzungen wohl einen negativen Rechtserfolg statuiert, der den Abschluß einer begrifflichen Norm bildet, hat es in umgekehrten Fall beim Bestehen dieser Voraussetzungen nicht als besondere Rechtsfolge die Möglichkeit gesetzt, auf Grund der bestehenden Geschäftsfähigkeit Verträge schließen zu können, sondern das Gesetz ist bei der Normierung weitergegangen und hat positive Rechtsfolgen erst für den Fall ausgesprochen, daß zu den Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit noch die besonderen Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts treten. Positiv bildet also im Gesetz jenes Stadium der Geschäftsfähigkeit nicht einen Abschluß, sondern nur den Durchgangspunkt jener Tatbestandselemente, die schließlich zu den erst aus den Rechtsgeschäften entspringenden Rechten führen.

Anwartschaft wird sich daraus ergeben, daß mit der Anwartschaft auf das Hauptrecht nicht zugleich auch eine Anwartschaft auf die aus diesem Hauptrecht entstehenden Ansprüche gegeben ist, sondern die Anwartschaften hierauf entstehen jeweils für sich getrennt. Die gegenteilige Auffassung würde praktisch unhaltbare Konsequenzen besonders bei der Übertragung und Pfändung der Anwartschaft nach sich ziehen.

III. In diesem Zusammenhang möge noch auf eine besondere Gruppe von Fällen aufmerksam gemacht werden, die später für die Erfassung der Anwartschaft große Bedeutung erlangen. Es kann vorkommen, daß eine Handlung sowohl als Tatbestandsverwirklichung erscheint, andererseits zugleich neben dieser Funktion noch die Bedeutung der Realisierung einer Rechtsfolge hat, z. B. ein Eigentümer veräußert seine Sache an einen Dritten, der Pfand- und Hypothekengläubiger läßt das ihm verpfändete Objekt versteigern, der Nießbraucher verschafft sich durch Selbstvornahme der Trennung das Eigentum an einer Nutzung etc. Hier wird der Inhalt des dinglichen Rechts ausgeübt durch Vornahme dieser Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, andererseits geschieht aber diese Ausübung zugleich wieder durch eine Tatbestandserfüllung. So macht z. B. der Eigentümer bei der Veräußerung seiner Sache von dem ihm kraft § 903 BGB. zustehenden Recht Gebrauch, andererseits erfüllt er bei dieser Realisierung seines Rechts den Tatbestand des § 929 BGB.; oder der Hypotheken- und Pfandgläubiger realisiert bei der Veräußerung des ihm verpfändeten Objekts die ihm durch die §§ 1113, 1147 BGB. bzw. §§ 1204, 1228 BGB. gewährten Rechte, andererseits wird dadurch der Tatbestand der einschlägigen Bestimmungen über die öffentliche Versteigerung erfüllt. Oder der Nießbraucher erfüllt durch die Ausübung des ihm aus § 1030 BGB. zustehenden Nutznießungsrechts gleichzeitig den Tatbestand des § 954 BGB. Formal betrachtet liegen also hier zwei Normen vor, von denen die erstere das Recht gewährt, während in der anderen Norm die Ausübung dieses Rechts als Tatbestandselement erscheint. Es kann somit die Verwirklichung eines Tatbestandselementes zugleich als Rechtsausübung erscheinen. Daher erhebt sich die Frage, wann dies im einzelnen der Fall ist. Die Bedeutung dieser Frage für die Anwartschaft beruht darin, ob etwa ein Anwärter, dessen Rechtserwerb etwa nur noch abhängt von der eigenen Erklärung, durch Abgabe dieser Erklärung seine Anwartschaft realisiert ähnlich einem Gestaltungsberechtigten und ob die Anwartschaft selbst ein Gestaltungsrecht ist. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus folgender Erwägung. Gewöhnlich enthält der Tatbestand einer Rechtsnorm nur solche Umstände, die unabhängig von der Rechtsordnung bestehen, die von der Rechtsordnung in der Welt des Seins vorgefunden und in den Tatbestand einer Norm aufgenommen wurden. Die Rechtsordnung knüpft lediglich an das Vorhandensein dieser Gegebenheiten, mögen sie der physischen oder psychischen Welt angehören, eine bestimmte Rechtswirkung. Dagegen ist die Existenz dieser Umstände in keiner Weise durch das Bestehen der Rechtsordnung bedingt; so z. B. die Begriffe Sache, Beweglichkeit, Willenserklärung u. a. m. Im scharfen Gegensatz hierzu treten die

eben erwähnten Rechte oder Befugnisse, soweit sie als Tatbestandselement fungieren. Sie sind selbst erst ein Produkt der Rechtsordnung. Sie können ohne Rechtsordnung nicht gedacht werden und es muß stets eine besondere Norm bestehen, von der diese Folgen abgeleitet werden. Sofern die Bestandteile des bedingenden Tatbestandes außerjuristischer Natur sind, soferne sie also unabhängig von der Rechtsordnung bestehen, werden sie „juristische Tatsachen" genannt. Diejenigen Tatbestandselemente aber, die im Gegensatz zu den juristischen Tatsachen selbst erst ein Produkt der Rechtsordnung darstellen, mögen weiterhin als Rechtsfolgen bezeichnet werden[1]).

Hier gilt nun der Satz: Die Verwirklichung einer juristischen Tatsache ist immer eine rein faktische Möglichkeit im Gegensatz zur Erfüllung eines Tatbestandsmerkmales, dessen Verwirklichungsmöglichkeit als Rechtsfolge einer Norm erscheint. Diese ist begrifflich immer die Realisierung eines subjektiven Rechts. Zwei Voraussetzungen sind also notwendig, damit die Verwirklichung eines Tatbestandselementes zugleich als Rechtsausübung erscheint. Einerseits ein formales, nämlich: die Verwirklichungsmöglichkeit des Tatbestandselementes muß als Rechtsfolge erscheinen (sie muß im Gegensatz zur juristischen Tatsache durch das Recht gewährt sein). Andererseits besteht eine rechtsinhaltliche Voraussetzung: die Tatbestandsverwirklichung muß mit der Rechtsfolge inhaltlich übereinstimmen. Bei den Anwartschaften wird dargelegt werden, daß zwar die Anwartschaft als Rechtsfolge erscheint, d. h. daß sie im Gegensatz zur juristischen Tatsache durch das Recht geschaffen wird. Dennoch ist die Verwirklichung des restlichen Tatbestandes durch den Anwärter, mit dem der Rechtserwerb verbunden ist, keine Realisierung der Anwartschaft, weil die inhaltliche Übereinstimmung fehlt[2]).

[1]) Vgl. Zitelmann, Irrtum, S. 227 ff: „Vor allem ist in die Augen springend, daß Tatbestandsmomente teils reale Phänomene „natürliche" Tatsachen („Natur" immer in dem umfassenden Sinn für das geistige und körperliche Sein gebraucht), teils auch ihrerseits rein juristische Phänomene sind. Meist sind beide in einem Tatbestand vereint. Jedoch bezeichnet Zitelmann beide Arten der Tatbestandselemente als juristische Tatsachen. Er sagt, in einem Fall bedeutet „juristisch" juristisch-relevant, im andern Fall hat „juristisch" die Bedeutung von „nur dem Recht angehörig", „vom Recht geschaffen".

[2]) Der dargelegte Satz steht im Widerspruch mit den Ausführungen Hirsch's Übertragung der Rechtsausübung. Hirsch stellt S. 74 für die Prüfung der Frage, welches Verhalten des Berechtigten bei den einzelnen Rechten als Rechtsausübung anzusehen sei, folgenden Grundsatz auf: „Zwei Punkte bedürfen (also) der Prüfung, wenn man feststellen will, ob ein bestimmtes Verhalten einer Person Ausübung eines bestimmten Rechts ist. Zunächst wird zweckmäßig festgestellt, ob das zu prüfende Verhalten mit dem Rechtsinhalt übereinstimmt, ob es ein solches ist, das die Rechtsordnung durch Zuteilung des Rechts gestattet hat, ob es nicht über die durch den Rechtsinhalt dem Berechtigten gezogenen Schranken hinaus geht. Der Inhalt gibt Auskunft, welches und wessen Verhalten Rechtsausübung ist. Die Kongruenz des Verhaltens mit dem Rechtsinhalt ist daher zunächst zu prüfen." Ferner ist zu untersuchen, „ob das zu prüfende Verhalten deshalb ein erlaubtes, ein rechtmäßiges ist, weil dem Handelnden ein bestimmtes Recht zugeteilt ist. Das Erlaubtsein, die Rechtmäßigkeit des Verhaltens muß auf der Zuteilung des Rechts beruhen .... Ist ein bestimmtes Verhalten einer

IV. Nunmehr ist auf eine Unterscheidung innerhalb des Tatbestandes der Norm aufmerksam zu machen, die zwar in der Literatur schon wiederholt angedeutet wurde, während die sehr wichtigen Konsequenzen, die sich hieraus ergeben, durchweg unberücksichtigt geblieben sind. Die in dem Tatbestand einer Norm enthaltenen Elemente üben meist eine doppelte Funktion aus. Einerseits sind sie von Bedeutung für die Entstehung des Rechts, andererseits für dessen inhaltliche Ausgestaltung. Es wird sich zeigen, daß die Nichtbeachtung dieses grundlegenden Gegensatzes die große Unklarheit verursacht hat, die über die Frage nach der zeitlichen Entstehungsgrenze der Rechte und somit nach dem Erlöschen der Anwartschaften besteht. Da es aber gilt, den Zeitpunkt zu finden, in dem sich die Erwerbsaussicht in das Recht selbst verwandelt, ist vor allem eine sichere Festlegung der zeitlichen Entstehungsgrenzen der Rechte geboten. Die außerordentlich wichtige Bedeutung dieser Grenze liegt auf der Hand und braucht nicht erst dargelegt zu werden.

Der Tatbestand wurde definiert als die Summe jener Voraussetzungen, an deren Verwirklichung das Gesetz den Eintritt des Rechtserfolges knüpft. Der Tatbestand hat es also lediglich zu tun mit dem Eintritt des Rechtserfolges. Er gibt an, unter welchen Voraussetzungen und wann zeitlich die vom objektiven Recht aufgestellten Befugnisse zur konkreten Berechtigung einer bestimmten Person werden. Der Tatbestand steht aber in keiner Beziehung zum Inhalt des Rechts[1]). Umgekehrt gehören jene Bestimmungen,

---

Person rechtmäßig, weil ihr ein bestimmtes Recht zugeteilt ist, wäre es nicht rechtmäßig, wenn ihr das Verhalten nicht zugeteilt wäre, so ist dieses Verhalten Ausübung dieses Rechts".

Insoweit sind die Ausführungen Hirsch's vollkommen richtig. Nun fährt aber Hirsch S. 76 fort: „Liegen diese Beziehungen zwischen der Rechtmäßigkeit des Verhaltens und dem Dasein des Rechts vor, so braucht die Kongruenz dieses Verhältnisses mit dem Inhalt des Rechts nicht besonders geprüft zu werden. Sie ist dann selbstverständlich gegeben. Denn nur wenn sich der Berechtigte dem Inhalt des Rechts entsprechend verhält, kann es zutreffen, daß sein Verhalten deshalb rechtmäßig ist, weil ihm das Recht zugeteilt ist".

Bei diesem Gedankengang ist Hirsch folgender Fehler unterlaufen. Von dem bloßen formalen Erfordernis, daß das Tatbestandselement, dessen Verwirklichung als Rechtsausübung erscheinen soll, in einer Norm als Rechtsfolge erscheint, zieht Hirsch einen Schluß auf die inhaltliche Übereinstimmung beider Elemente. Um das an einem Beispiel klar zu machen, möge folgender Fall angeführt werden. Hirsch will S. 78 untersuchen, ob auch die Klage als Prozeßhandlung eine Ausübung eines privatrechtlichen Anspruchs bedeutet. Er argumentiert dabei folgendermaßen: Da eine Verurteilung des Käufers zur Lieferung der Ware nur dann erfolgt, wenn der Käufer die Existenz seiner Forderung behauptet, ist die Klage Ausübung der Forderung. Auf abstrakte Form gebracht, stellt sich dieser Schluß folgendermaßen dar: Weil in der Norm, die dem Richter die Verurteilung des Käufers auferlegt, die Existenz der Forderung als Tatbestandsmerkmal erscheint, lautet der Inhalt jener Rechtsfolge, welche in der den Erfüllungsanspruch gewährenden Norm enthalten ist, auch auf das Recht zu klagen. Ein derartiger Schluß ist aber nicht möglich, vielmehr müssen beide Elemente, das formale und das inhaltliche, geprüft werden.

[1]) Unter Inhalt eines Rechts ist zu verstehen die Art der Befugnis, die als subjektives Recht bezeichnet wird. Der Inhalt eines Rechts gibt also an,

die den Inhalt des Rechts festsetzen, nicht in den rechtsbegründenden Tatbestand.

1. Normalerweise übt jedes Glied im Bedingungssatz einer Rechtsnorm die beiden Funktionen aus. Einerseits hat es Bedeutung für die Entstehung des Rechts, andererseits trägt es für die inhaltliche Ausgestaltung desselben bei. Insofern wird mit der Entstehung des Rechts auch zugleich dessen Inhalt bestimmt. Aber das ist keineswegs immer der Fall. Es kann nämlich sein, daß ein Recht schon besteht, daß aber der Inhalt des Rechts noch unbestimmt ist. Dieser wird vielmehr erst endgültig festgelegt, wenn noch ein weiterer Umstand hinzutritt. Hier ist es ganz klar, daß derjenige Umstand, der schließlich den Leistungsinhalt noch konkretisiert, auf die Entstehung des Rechts keinen Bezug haben kann, denn das Recht ist schon entstanden. Daher muß auch dieser Umstand aus dem Tatbestand, der lediglich auf die Rechteentstehung abzielt, ausgeschieden werden. Ein Beispiel hiefür bietet der § 375 HGB.: „Ist beim Kauf einer beweglichen Sache die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen". Das Gleiche gilt, wenn gemäß § 315 ff BGB. der Inhalt der Leistung nachträglich bestimmt werden soll[1]) Diese Bestimmung ist nicht ein Tatbestandselement; d. h. die Rechte aus dem Kaufvertrag kommen nicht erst zustande, wenn die vorbehaltene Bestimmung getroffen wird, sondern das schon bestehende Recht wird nur inhaltlich modifiziert. Es wird bestimmt, was zu leisten ist. Dagegen, daß geleistet werden muß, das ist schon aus dem Vertragsabschluß her-

---

in welcher Weise der Berechtigte gegen das ihm unterworfene Objekt vorgehen kann. Die inhaltsgestaltenden Faktoren beziehen sich auf das „Wie", die Tatbestandselemente dagegen beziehen sich auf das „Ob" und „Wann". Sie beantworten die Frage, ob und wann jemand ein subjektives Recht hat.

[1]) Vgl. Kisch, Urteilslehre S. 134: „Mit Abschluß des Rechtsgeschäfts (nämlich eines Rechtsgeschäfts im Sinne des § 315 BGB.) ist eine Verbindlichkeit entstanden. Das Maß derselben ist aber weiterer Feststellung vorbehalten."

Eine Ausnahme macht jedoch Kisch in Schiedsmann im Versicherungsrecht S. 33, wonach die Entscheidung der Schiedsgutachter für die Haftbarkeit des Versicherers nicht nur feststellenden, sondern auch bedingenden Charakter habe. Solange sie fehle, sei der Versicherer noch nicht zur Leistung verpflichtet.

M. E. wird man hier unterscheiden müssen, ob der Schiedsgutachter darüber zu befinden hat, ob überhaupt ein Schade entstanden ist oder nur darüber, wie hoch der bestehende Schaden sich beläuft. Im ersteren Fall hängt zweifellos die Entstehung der Leistungspflicht von dem Gutachten ab. Anders dagegen ist es, wenn feststeht, daß ein Schade entstanden ist und damit feststeht, daß der Versicherer ersatzpflichtig ist, wenn jedoch der Umfang des Schadens noch unbestimmt ist. Die Festsetzung der Höhe des Schadens ist hier nicht Tatbestandselement, sondern inhaltsgestaltender Faktor. Deshalb ist in diesen Fällen das Gutachten nicht Bedingung für die Schuldentstehung, sondern eine Bestimmung des Schuldinhaltes. Dadurch wird die Rolle des Dritten nicht etwa zu der eines Schiedsrichters. Denn auch hier entscheidet der Schiedsmann nicht über einen Rechtsanspruch, d. h. über die Rechtsfolge, die an die Verwirklichung bestimmter Tatsachen geknüpft ist, sondern er entscheidet auch in diesem Fall über eine Voraussetzung der Leistung, jedoch nicht der Existenz der Leistungspflicht (also über ein Tatbestandsmerkmal), sondern über eine Voraussetzung des Leistungsinhalts (also über einen inhaltsgestaltenden Faktor).

vorgegangen. Hierher gehört ferner die Wahlschuld. Auch bei der Wahlschuld ist das Recht schon vor der Wahlerklärung entstanden, aber der Inhalt des Rechts lautet alternativ. Schuldgegenstand ist das Objekt A oder das Objekt B, aber nicht beide zusammen, sondern entweder das eine oder das andere. Endgültig wird der Inhalt des Rechts erst bestimmt durch die Vornahme der Wahl seitens des Gläubigers oder des Schuldners. Die Vornahme der Wahl ist daher nicht Tatbestandserfüllung, sondern sie bedeutet eine Modifikation des Schuldinhaltes. Nicht die Entstehung der Schuld ist also bedingt, sondern der Inhalt des schon bestehenden Anspruchs lautet alternativ. Ähnlich ist es auch bei der Gattungsschuld. Auch hier besteht nicht etwa eine bedingte Schuld in dem Sinn, als ob jedes einzelne Stück der Gattung geschuldet wäre unter der Bedingung, daß das Objekt ausgewählt und geleistet würde[1]). Wäre das richtig, dann würde die Schuld erst im Moment der Konzentration entstehen und es läge überhaupt keine Gattungsschuld vor, sondern eine Speziesschuld. Richtig ist vielmehr, daß das Recht auf Leistung sofort mit Begründung des Gattungsschuldverhältnisses entspringt. Es ist nur das Schuldobjekt, also der spezielle Inhalt der Schuld noch unbestimmt. Dabei ist kein einziges individuelles Stück der Gattung geschuldet, weder unbedingt noch bedingt. Geschuldet wird vielmehr eine Quantität aus der Gattung. Es ist also auch hier der Inhalt des Rechts noch unbestimmt, während das Recht als solches schon besteht. Die Konzentration legt mithin die inhaltliche Grenze des Rechts fest, nicht die zeitliche Entstehungsgrenze. Sie ist daher nicht Tatbestandselement, sondern inhaltsgestaltender Faktor.

2. Es kann andererseits vorkommen, daß die inhaltliche Bestimmung des Rechts der Entstehung des Rechts vorausgeht. Der Inhalt des Rechts steht also schon fest, aber der Rechtseintritt ist noch abhängig von der Verwirklichung eines weiteren Umstandes. Erst wenn dieser eintritt, dann ist das Recht zur subjektiven Berechtigung einer bestimmten Person geworden. Das gilt z. B. von einem bedingten Kauf. Hier ist der Inhalt der Kaufschuld schon fixiert. Der Eintritt der Bedingung hat ausschließlich rechtserzeugende Bedeutung, nicht dagegen steht er zum Inhalt des Rechts in Beziehung. Weiter ist der Inhalt des Rechts schon bestimmt, bevor das Recht selbst zur Entstehung gelangt, bei den wiederkehrenden Leistungen aus einem Dauerschuldverhältnis. So wird z. B. die Höhe der Versicherungsprämien, der Vereinsbeiträge, der Miet- oder Pachtzinsen etc. sofort bei Vertragsabschluß festgelegt. Dagegen das Recht selbst kommt erst zustande, wenn noch die entsprechende Frist abgelaufen ist. Ein weiteres sehr wichtiges Beispiel hierfür sind die sogenannten Mantelverträge[2]). Das sind solche Verträge, durch die

[1]) Vgl. Kisch, Gattungschuld, der die Abgrenzung der Gattungsschuld von der Wahlschuld ebenfalls aus dem Schuldinhalt konstruiert. Daß die Wahlerklärung nicht ein Tatbestandselement, sondern ein inhaltsgestaltender Faktor ist, das wird von den Vertretern der Pendenztheorie verkannt. Diese konstruieren zwei schwebend bedingte Rechte und lassen die Schuld erst endgültig mit Vornahme der Wahl entstehen.

[2]) Vgl. Kisch, Mantelschuldverträge, der sich als Erster mit der systematischen Erschließung dieser Verträge befaßt hat.

im Hinblick auf eine Reihe gleichartiger erst zu schließender Verträge, deren Inhalt und Modalitäten ein für allemal vorweg geregelt werden, ohne daß damit gleichzeitig auch die Rechte und Pflichten schon begründet werden. Das ist etwa der Fall, wenn eine Bank mit ihrem Kunden vorweg für alle erst abzuschließenden einzelnen Geschäfte die Bedingungen festlegt, die jeweils gelten sollen, oder wenn eine Rückversicherungsgesellschaft mit dem Erstversicherer die für alle einzelnen erst abzuschließenden Rückversicherungsverträge gleichbleibenden Bedingungen vereinbart, oder wenn eine wirtschaftliche Einkaufsorganisation mit dem Produzenten für alle erst abzuschließenden Kaufgeschäfte die Modalitäten der künftigen Verträge vereinbart. Gleichgültig ist hierbei, ob mit dem Mantelvertrag zugleich eine Pflicht für die Parteien begründet wird, die bereits normierten Einzelverträge wirklich abzuschließen (verpflichtender Mantelvertrag[1]) oder ob das dem Belieben der Parteien anheimgestellt wird (normierender Mantelvertrag).

Das Gesagte zeigt somit deutlich die Wesensverschiedenheit der rechtserzeugenden Tatbestandselemente und der inhaltsgestaltenden Faktoren. Freilich ein logisches Kriterium, ob einem bedingenden Element die eine oder andere Funktion zukommt, ist unerfindlich, vielmehr gilt hier das Gleiche, wie für die Konstruktion der Norm überhaupt; es ist eine Frage des Sinnes[2]). Dagegen sei noch einmal auf die prinzipielle Bedeutung der dargelegten Unterscheidung für diese Untersuchung hingewiesen: die Frage der Existenz einer Anwartschaft und der Entstehungsgrenze der subjektiven Rechte kann ausnahmslos nur aus der rechtserzeugenden Funktion der Tatbestandselemente beantwortet werden, dagegen hat die inhaltsgestaltende Funktion keinen Einfluß hierauf[3]).

---

[1]) Das ist z. B. der Fall bei einem Krediteröffnungsvertrag. Dieser enthält außer der Normierung zugleich ein Paktum de mutuo dando, das sich aber wie die antizipierte Normierung der späteren einzelnen Kreditverträge auf eine Reihe solcher einzelner Darlehensverträge bezieht.

[2]) Das führt namentlich bei den sogenannten Ansprüchen auf künftige Leistung zu Schwierigkeiten. Lautet hier der Anspruch auf „Leistung in drei Monaten", oder entsteht der Anspruch erst nach Ablauf dieser Frist? Darüber siehe jedoch § 3 unten: Die Grenze der subjektiven Rechte. Vgl. auch Langheineken, Anspruch S. 51 ff, der die betagten und bedingt wirksamen Ansprüche den befristeten und bedingten im engeren Sinn gegenüberstellt. Unter den ersteren versteht er einen gegenwärtigen Anspruch auf künftige Leistung. Unter den letzteren einen künftigen Anspruch.

[3]) In jüngster Zeit kurz vor der Drucklegung dieser Abhandlung ist noch eine Untersuchung von Grimm, „Begründete Vermögensansprüche (§ 3 KO)" erschienen, die sich der Frage zuwendet, unter welchen Voraussetzungen ein Vermögensanspruch als „zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründet" gilt. Wegen des prinzipiell gegensätzlichen Ergebnisses, zu dem genannter Schriftsteller gelangt, mögen kurz seine Argumente wiedergegeben werden.

Grimm unterscheidet zunächst „begründete" und „entstandene" Vermögensansprüche (S. 3). Er sagt: Da die KO in den §§ 65, 67 auch betagte und bedingte Forderungen zu den Konkursforderungen zählt, seien auch die noch nicht entstandenen Ansprüche schon begründet im Sinn des § 3 KO. Denn durch die §§ 65 und 67 werde nicht erst die Eigenschaft dieser Forderungen, Konkursforderung zu sein festgestellt, sondern nur die Art und Weise der Berücksichtigung. Um nun den Grund des Anspruchs zu finden, geht genannter Verfasser aus von dem Grund des Handelns im Sinne Schopenhauers

V. Im Folgenden ist die für den weiteren Verlauf dieser Abhandlung ebenfalls sehr wichtige Frage zu prüfen, ob die einzelnen Tatbestandselemente für die Begründung des Rechts als gleichwertig zu betrachten sind, oder ob sie in Bezug auf die Entstehung des Rechts eine verschieden abgestufte Wirkung äußern[1]). Auch hier

---

und versucht daraus abzuleiten, daß das Motiv den Grund des Anspruchs bilde (S. 16 ff). Die Frage, welcher Inhalt die motivierende Vorstellung haben müsse, um als Grund des Anspruchs zu erscheinen, beantwortet er (S. 33) dahin, daß sie auf Herbeiführung eines bestimmten neuen Vermögensstatus gerichtet sein müsse. Aus dieser Erkenntnis leitet Grimm (S. 35/6) den Satz ab, daß ein Vermögensanspruch (§ 3 KO) in zeitlicher Hinsicht dann begründet sei, „sobald diejenigen juristischen Tatsachen eingetreten sind, die seinen Umfang bestimmen".

Dieses Ergebnis ist indes unhaltbar. Auch enthält die Deduktion Grimms einen empfindlichen logischen Fehler. Für das hier behandelte Problem ist Schopenhauers Grund des Handelns nicht verwertbar. Denn aus der Motivation, die zur Zwecksetzung führt, ergibt sich niemals die Forderung als Mittel zur Durchführung dieses Zweckes. Wenn Grimm behauptet, daß ein Anspruch in zeitlicher Hinsicht begründet sei, sobald der Umfang des zu verschiebenden Vermögens und dadurch mitbestimmt auch der der Forderung feststeht, so ist das eine Verwechslung von Zweck und Mittel. Dieser Fehler zeigt sich schon in der Unterscheidung zwischen „bestehender" und „begründeter" Forderung im Sinne des § 3 KO (eine Unterscheidung, die genannter Verfasser in seinen praktischen Beispielen selbst wieder fallen läßt). Denn auch hier bezieht sich die Eigenschaft des „Begründetseins" nicht auf den Zweck des Forderungsinhalts, sondern auf die Forderung als solche im Sinne eines Rechtsprodukts (ohne Rücksicht auf den konkreten Inhalt im Einzelfall). Der Schluß, den Grimm S. 3 aus den §§ 3, 65, 67 KO ableitet, nämlich daß die noch nicht existenten bedingten und betagten Rechte doch schon begründete Forderungen seien, ist unzulässig, da er nur auf der Gegensätzlichkeit der Ansicht Grimms gegenüber der unverbindlichen theoretischen Auffassung des Gesetzgebers über das Wesen der bedingten Rechte beruht. (Gegen den von Grimm betonten Gegensatz zwischen Kausalität und Motivation ist zu vgl. Kelsen, Hauptprobleme S. 57 ff).

Am deutlichsten zeigt sich die Unhaltbarkeit des Ergebnisses Grimms, wo es gilt, den aufgestellten Satz an praktischen Beispielen zu bewähren. Genannter Schriftsteller müßte notwendig, — um nur zwei Beispiele herauszugreifen —, zu dem Ergebnis kommen, daß mit der bindenden Vertragsofferte der Anspruch schon begründet sei. Er sucht aber diesem Ergebnis dadurch auszuweichen, daß er auch die Vertragsannahme als inhaltsgestaltenden Faktor erklärt, der notwendig zu der Offerte treten müsse S. 38 f. In die gleiche Schwierigkeit gerät Grimm bei den Wahlschuldverhältnissen und in jenen Fällen, in denen ein Dritter den Inhalt der Leistung zu bestimmen hat. Hier sagt Grimm S. 41: Für die Entstehung der Forderung sei maßgebend nur der Zeitpunkt des primär inhaltsbestimmenden (in seinem Sinne anspruchsbegründenden) Tatsache, während die Wahlerklärung oder die Bestimmung des Dritten nur sekundär den Umfang gestalten, nämlich auf Grund und innerhalb der Ermächtigung, die aus dem Rechtsgeschäft entspringt. Der Widerspruch, der hieraus mit dem vorhergehenden Beispiel der Vertragsofferte und Annahme entsteht, liegt auf der Hand. Bei Grimm tritt in deutlicher Weise die Verkennung der Funktionen der einzelnen im Bedingungssatz einer Rechtsnorm enthaltenen Elemente zutage und die Folgerungen, die sich aus seiner Theorie ergeben würden, kann er nur dadurch ausschalten, daß auch er zurückgreift auf die rechtserzeugenden Tatbestandselemente, die er dann allerdings, um konsequent zu erscheinen, als inhaltsgestaltende Faktoren bezeichnen muß.

[1]) Diese Frage hat zu großem Streit Anlaß gegeben. Auf sie ist auch die Theorie von der conditio juris zurückzuführen. So wird z. B. die Ansicht vertreten, daß die Vertragsannahme eine conditio juris für die Entstehung des Vertrags sei, während eine andere Ansicht in der Vertragsannahme ein Gestaltungsrecht erblickt. Auf dem Streit über die Gleichheit oder Ungleichheit der rechtsbegründenden Wirkung der einzelnen Tatbestandselemente beruht

herrscht große Unklarheit in der Literatur, die, wie sich zeigen wird, auf der Verkennung des Unterschiedes zwischen den beiden dargestellten Funktionen der bedingenden Elemente beruht. Die grundlegende Bedeutung auch dieser Frage für diese Untersuchung beruht in der Grenzziehung zwischen bloßer Erwerbsaussicht und dem bereits entstandenen subjektiven Recht. Gewöhnlich wird geltend gemacht, daß die Willenserklärungen der Parteien das Fundament für die Rechtsbegründung sei. Wenn auch das Gesetz für die Entstehung der Rechte noch andere Erfordernisse aufstelle, so habe deren Erfüllung doch nicht mehr diese einschneidende Bedeutung für das Zustandekommen eines subjektiven Rechts, als insbesondere die Kundgabe des Parteiwillens[1]). Diese Ansicht wird

auch die Pendenztheorie bei der Konstruktion der bedingten Forderung. Diese betrachtet ein Recht als entstanden, wenn die entsprechenden Willenserklärungen abgegeben worden sind. Die Erfüllung der noch ausstehenden Tatbestandselemente habe nur noch rechtsbestätigende Wirkung; nämlich das Recht, das bisher als schwebend betrachtet wurde, sei nun endgültig und zwar von Anfang an entstanden. So insbesondere Enneccerus, Rechtsgeschäft. Eine gemäßigtere Ansicht lautet dahin, daß das Recht, bevor nicht alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, noch nicht entstanden sei und auch nicht mit rückwirkender Kraft zur Entstehung gelange, daß sich aber vor der Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale gewisse Wirkungen äußerten, die als Vorwirkungen oder passive Wirkungen des entstehenden Rechts anzusehen seien. Vgl. Oertmann, Rechtsbedingung und Jhering im Jhrb. X S. 387 ff.

[1]) Statt aller zahlreichen Vertreter dieser Ansicht mögen nur die diesbezüglichen Ausführungen Tuhr's wiedergegeben werden. Er sagt in Bd. II S. 18 IV: „Logisch betrachtet sind alle Stücke des Tatbestandes gleich unentbehrlich für den Erfolg. Es findet aber wie bei der Kausalität des faktischen Geschehens eine verschiedene Wertung der zum Tatbestand gehörenden Tatsachen statt, welche darin ihren Ausdruck findet, daß man gewisse Tatsachen als Ursache, andere als Bedingungen des Rechtserfolges bezeichnet. Insbesondere wird beim Rechtsgeschäft die Willenserklärung der Parteien als das ausschlaggebende Moment, als der eigentliche Grund der Rechtswirkung betrachtet". Ferner Bd. 2 S. 30: „Nach logischer Betrachtung ist ein Recht erst erstanden, wenn die letzte zu seiner Entstehung nötige Tatsache vorliegt. In diesem Sinn werden aber die angeführten Rechtssätze nicht verstanden. Bedingte Rechte werden der Konkursmasse und dem Nachlaß zugerechnet, bedingte Rechte zu den Konkursforderungen, KO. § 67 und zu den Nachlaßverbindlichkeiten gezählt, obgleich auch diese Rechte und Forderungen nach BGB. § 158 erst mit Eintritt der Bedingung entstehen. Das beruht auf einer differenzierenden Wertung der einzelnen Stücke des Tatbestandes. Beim bedingten Rechtsgeschäfte legt man den Nachdruck auf den Moment, in welchem der rechtsgeschäftliche Wille unwiderruflich erklärt, die handelnde Person gebunden ist; es entspricht unserer anthropozentrischen Auffassung der Gedanke, den Willen als wirksamste Ursache der Rechtsfolge zu betrachten. Dieser grundlegenden und das Datum des Rechts bestimmenden Tatsache gegenüber erscheint der Eintritt der Bedingung als ergänzende Tatsache. Daher wird die von der Bedingung abhängige Anwartschaft auf ein Recht zu dem Vermögen gerechnet, welches dem Gemeinschuldner bzw. Erblasser bereits angehört, die Anwartschaft auf eine Forderung als eine zur Zeit der Konkurseröffnung oder des Erbfalls begründeter Anspruch aufgefaßt."

Hier zeigt sich deutlich die starke Verquickung von Recht und Anwartschaft. Eine bestimmte Grenze läßt sich danach nicht ziehen. Es wird unten dargelegt werden, daß diese Unklarheit auf die Verkennung des Unterschiedes von Tatbestandselement und inhaltsgestaltenden Faktor zurückzuführen ist. Es geht nicht an, ein Recht, sofern es im Konkurs eine Rolle spielt, anders zu beurteilen, als etwa bei der Verjährung oder im Zivilprozeß. Es wird sich zeigen, daß auch in diesen Fällen nur die rechtliche Berücksichtigung einer Anwartschaft gegeben ist.

noch unterstützt durch die Tatsache, daß das Gesetz vielfach schon gewisse Wirkungen eintreten läßt, bevor diese sogenannten ergänzenden Erfordernisse erfüllt sind und das Recht seinem vollen Umfang nach entsteht. Deshalb werden auch die einzelnen Erfordernisse geschieden in rechtsbegründende und rechtsbestätigende Tatsachen [1]) oder in Tatbestandsstücke und Wirksamkeitserfordernisse [2]), oder in solche Tatsachen, die die Existenz eines Rechts bedingen und in solche, von denen die Geschäftswirkung abhängt [3]) oder in Haupterklärung und Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts [4]) etc. In jedem Fall zeigt sich, daß von den betreffenden Autoren der Willenserklärung eine dominierende Stellung eingeräumt wird, während die noch fehlenden Umstände von untergeordneter Bedeutung seien.

Um die Berechtigung dieser Einteilung beurteilen zu können, ist auszugehen von der Bedeutung, die der Willenserklärung in Bezug auf den Rechtserfolg zukommt. Wie dargelegt, haben verschiedene Faktoren des Bedingungssatzes einer Rechtsnorm in ihrer Beziehung zum subjektiven Recht eine zweifache Funktion. Einerseits sind sie Tatbestandsmerkmale und sind als solche wesentlich für die zeitliche Entstehung des Rechts. Andererseits wirken sie als inhaltsgestaltende Elemente, indem sie auf den Inhalt des Rechts einen modifizierenden Einfluß ausüben. Das gilt auch von der Willenserklärung. Auch sie ist in zweifacher Weise erheblich für den Rechtserfolg; nämlich einerseits für die Begründung des Rechts; insoweit ist sie Tatbestandselement. Andererseits für den Inhalt des Rechts; insofern ist sie inhaltsgestaltender Faktor [5]). Diese

[1]) Enneccerus, B. R. I, §§ 127, 136 II.

[2]) Oertmann, Rechtsbedingung S. 7 ff.

[3]) Dernburg, Pand. 1, § 82.

[4]) Tuhr II, S. 147. Jeweils aus der zweiten Gruppe dieser Einteilung wird die Rechtsbedingung konstruiert. Z. B. Oertmann S. 48: „Rechtsbedingung ist also eine nachholbare, aber beim Geschäftsabschluß selbst noch ausstehende Wirksamkeitsvoraussetzung". Tuhr II S. 148: „Solche in der Haupterklärung hinzutretende Tatsachen nennt man, wenn ihre Erheblichkeit für das Rechtsgeschäft auf gesetzlicher Grundlage beruht, conditiones juris."

[5]) Das ist in der Literatur bisher noch nicht berücksichtigt worden. Auch hier möge statt aller auf eine Stelle Tuhrs hingewiesen werden, der in Bd. II S. 147, II sagt:

„Der Kern des Rechtsgeschäfts sind die Willenserklärungen, aus denen sich der spezifische Inhalt des Rechtsgeschäfts, die gewollte Rechtswirkung ergibt; man kann sie Haupterklärung nennen. Sie gehen von der Partei, resp. den Parteien aus. Die sonstigen Stücke des Tatbestandes sind zwar ebenso unentbehrlich zur Herbeiführung der Rechtswirkung, sind aber für den rechtlichen Inhalt der Geschäfte nicht bestimmend. Sie erscheinen daher neben der Haupterklärung, in welcher man das ausschlaggebende Moment des Rechtsgeschäfts sieht, als Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts . . ., oder als ergänzende Tatsachen".

Weil also die anderen Tatsachen für den Inhalt des Rechts nicht maßgebend sind, sollen sie für dessen Begründung weniger von Bedeutung sein? Es zeigt sich hier deutlich die Verquickung von Tatbestandselement und inhaltsgestaltendem Faktor. Vergl. auch Oertmann, Rechtsbedingung, der auf S. 4 den Unterschied erkennt, aber auf S. 18 die entsprechende Kon-

beiden Funktionen sind aufs schärfste voneinander zu trennen[1]). Fragt man nun, in welcher Funktion dem Willen diese allgemein behauptete überragende Stellung in Bezug auf das Recht zukommt, so ist ohne weiteres ersichtlich, daß diese Bedeutung nur der inhaltsgestaltende Wille hat, nicht dagegen, soweit der Wille als Tatbestandselement, als rechtsbegründender Faktor erscheint. Das BGB. anerkennt im weitesten Umfang das Prinzip der Vertragsfreiheit. Damit ist aber nicht Freiheit des Vertragsabschlusses in formeller Hinsicht, d. h. im Sinne als Voraussetzung für die Begründung eines Rechtserfolges gemeint, sondern Freiheit in Bezug auf den Inhalt der durch Vertrag geschaffenen Rechte[2]). Dagegen die Art, wie der Vertrag oder die Willenserklärung zustande kommt, die ist im Gesetz positiv geregelt. Wenn für den inhaltsgestaltenden Willen gilt: „Erlaubt ist, was nicht verboten ist", so gilt für den rechtsbegründenden Willen das Gegenteil: „Verboten ist, was nicht erlaubt ist". Ein Recht kann nicht anders zur Entstehung gebracht werden, als in der gesetzlich vorgeschriebenen oder erlaubten Weise. Dagegen der Inhalt der Rechtsfolge kann nach Willkür der Parteien ausgestaltet werden. Seine Beschränkung ist nur in den „Verbots"-Vorschriften z. B. BGB. §§ 134, 138, 310, 312 etc. enthalten. Während also dem inhaltsgestaltenden Willen tatsächlich eine maßgebende Stellung zukommt, kann diese vom rechtsbegründenden Willen nicht behauptet werden. Er steht vielmehr den übrigen Tatbestandselementen an Wirkung völlig gleich. Da aber nur der rechtserzeugende Wille von Bedeutung für die Rechtsentstehung ist, kann auch der Willenserklärung die behauptete überragende Stellung hinsichtlich der Rechtsbegründung nicht zukommen. Es ist daher auch die Unterscheidung

---

sequenz nicht zieht; jedoch auf S. 10 führt er zutreffend aus: „Freilich kann die Annahme den Vertrag nicht mit einem dem Angebot widersprechenden Inhalt zur Entstehung bringen. Aber daraus folgt natürlich nicht ihre mindere Bedeutsamkeit".

[1]) Man wird nun dagegen einwenden, daß bei der Willenserklärung diese Unterscheidung nicht durchzuführen sei. Denn die Rechtswirkung entstehe dadurch, daß inhaltlich die Erklärungen übereinstimmen. Es beruhe also gerade darauf der Rechtserfolg, daß sich die Parteien über den Inhalt der Erklärung einigen. Dem ist aber tatsächlich nicht so. Das zeigt sich deutlich in jenen Fällen, in denen die beiden Funktionen der Willenserklärung auseinanderfallen. Es kann sein, daß z. B. A und B schon jetzt über die Modalitäten eines abzuschließenden Kaufvertrages vollkommen einig geworden sind, daß sie aber den endgültigen Geschäftsabschluß erst später vornehmen wollen, jedoch genau zu den schon vereinbarten Bedingungen. Bei dieser Vorbesprechung sind sicher die beiden Willenserklärungen vollkommen übereinstimmend abgegeben worden. Dennoch ist ein Rechtsgeschäft noch nicht zustandegekommen. Man sagt gewöhnlich in solchen Fällen, es habe der „bindende Geschäftswille" gefehlt. Das ist vollkommen richtig, nur ist man sich nicht darüber klar geworden, daß dieser bindende Geschäftswille es ist, der auf die Rechtserzeugung abzielt und deshalb allein als Tatbestandselement in Betracht kommt. Wenn nun, wie es regelmäßig der Fall ist, eine Willenserklärung beide Funktionen ausübt, so tritt nur dieser Unterschied nach außen nicht erkennbar hervor, aber daraus darf keineswegs abgeleitet werden, daß er nicht bestünde.

[2]) Auch die Formfreiheit spricht nicht dagegen, denn sie bezieht sich lediglich auf das Ausdrucksmittel, durch das der Wille nach außen kundgegeben werden soll.

zwischen konstitutiven und konfirmatorischen gesetzlichen[1]) Tatbestandselementen nicht begründet, vielmehr sind logisch und vom Standpunkt der subjektiven Wertung aus alle Tatbestandselemente für den Eintritt des Rechtserfolges von gleicher Wirkung[2]).

VI. Nachdem somit klargestellt ist, daß jedem einzelnen Tatbestandsmerkmal die gleiche rechtserzeugende Wirkung zukommt, läßt sich auch die Frage beantworten, wieviele Tatbestandselemente erfüllt sein müssen, damit der Rechtserfolg eintritt und damit ist zugleich auch die Grenze gefunden, in der sich die als Anwartschaft bezeichnete Rechtsaussicht in das subjektive Recht selbst verwandelt. Damit jene Befugnisse, die von der Norm als Rechtsfolge gewährt werden, zur subjektiven Berechtigung einer Person werden, müssen sämtliche Tatbestandserfordernisse erfüllt werden[3]). Nicht genügt etwa die Erfüllung eines Teiles derselben[4]). Das Erfordernis der Vollständigkeit der Tatbestandserfüllung findet auch in zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen volle Bestätigung. Das zeigt sich z. B. in jenen Fällen, in denen das Gesetz die an die Tatbestandserfüllung geknüpfte Rechtswirkung aus rechtspolitischen Gründen, die hier nicht weiter zu erörtern sind, auf einen Zeitpunkt zurückbezieht, in dem der gesetzliche Tatbestand noch nicht ganz erfüllt war, z. B. BGB. §§ 142, 159, 184, 212 Abs. 2, 263, 389, 940 Abs. 2, 1953 Abs. 2 etc. Das wäre überflüssig, wenn die Rechtswirkung schon vor der gänzlichen Tatbestandserfüllung gegeben wäre. Weiter denke man an eine Reihe gesetzlicher Fiktionen, in denen das Gesetz bestimmt, daß in gewissen Fällen der Tatbestand als erfüllt anzusehen sei, obwohl er noch nicht verwirklicht ist, wie es z. B. in § 1923 Abs. 2 der Fall ist. Endlich wird dieser Satz noch bewiesen durch verschiedene Bestimmungen, über die Willenserklärung, z. B. §§ 116, 164 Abs. 2 BGB. Auch hier ist es notwendig, daß die Elemente der Willenserklärung, nämlich Wille und Erklärung gegeben sind, damit der mit der Willenserklärung

[1]) Wegen der von den Parteien gesetzten Bedingungen siehe unten.

[2]) Deshalb ist es auch nicht haltbar, die condicio juris als Spezialbegriff von den konfirmatorischen Tatbestandselementen aufzustellen. Vgl. auch die Rezension über Oertmanns Rechtsbedingung von Grützmann im Arch. f. Zivilpr., Bd. 125 S. 358 ff. Er führt dort aus: „Der Verfasser ist meist nicht imstande, einzelne praktische Ergebnisse in logische Beziehung zu dem Begriff Rechtsbedingung zu setzen. Er sagt z. B., es hängt nicht allgemein von der Rechtsbedingung ab, ob in der Zwischenzeit das Geschäft widerruflich sei ... besonders wertvoll scheint mir hiernach der Begriff Rechtsbedingung nicht zu sein".

[3]) Vgl. Tuhr II, S. 18, 4; S. 21, V; S. 30. Jedoch gibt es auch von diesem Grundsatz einige Ausnahmen. Hauptbeispiel ist die sogenannte Vorpfändung des § 845 Abs. 2 ZPO. Vgl. hiezu Stein, Sächsisches Archiv 1909 S. 1 ff. Doch sind diese Fälle wegen ihrer singulären Bedeutung nicht verallgemeinerungsfähig.

[4]) Dieser Satz erscheint so selbstverständlich, daß man glauben möchte, ihn garnicht hervorheben zu dürfen. Gleichwohl zeigt gerade die Betrachtung der Anwartschaften, daß er so wenig konsequent behandelt wurde. Der Grund dieser Inkonsequenz beruht wohl darin, daß man eine Erklärung für jene Fälle zu geben suchte, in denen Rechte schon vor ihrer Entstehung im Gesetz Berücksichtigung finden. In all diesen Fällen ist es aber nicht das subjektive Recht, das im Gesetz beachtet wird, sondern die Anwartschaft auf dieses Recht.

verbundene Rechtserfolg eintritt[1]). Insbesondere steht die ausdrückliche Regelung des Scherz- und Scheingeschäftes, §§ 118, 117 BGB dem nicht entgegen. Die ausdrückliche Regelung ist nur eine Ausnahme der vorhergehenden Mentalreservation[2]).

VII. Analog den gesetzlichen Tatbestandselementen verhält es sich bei der von den Parteien gesetzten Bedingung. In der Form der Bedingung hat das Gesetz den Parteien ein Mittel gegeben, den für den Rechtsverkehr grundsätzlich unerheblichen Motiven eine Rechtswirkung beizulegen, indem es ermöglicht wird, den Eintritt des Rechtserfolges außer von den gesetzlichen Tatbestandselementen auch noch von anderen Umständen abhängig zu machen[3]). Man kann daher die Bedingung auffassen als ein vertraglich vereinbartes Tatbestandselement, das die Parteien dem gesetzlichen Tatbestand hinzufügen. Daraus ergibt sich, daß auch die Bedingung erfüllt und die Frist abgelaufen sein muß, damit die Rechtsfolge eintritt. Das Gesetz bestätigt dieses Ergebnis durch die §§ 158 und 159 BGB. Wäre es richtig, wie die Pendenztheorie behauptet, daß das Recht schon mit Abgabe der Willenserklärung entstanden sei, aber nur schwebend, dann wäre der § 159 überflüssig; denn eine Rückwirkung müßte dann begrifflich eintreten.

§ 3. Die Grenzen des subjektiven Rechts.

I. Im Vorausgehenden wurden die formaltheoretischen Grundlagen dargelegt, aus denen nunmehr die Anwartschaft konstruiert werden kann. Insbesondere wurde die Grenzziehung zwischen bloßer Rechtsaussicht und dem subjektiven Recht selbst vorbereitet. Wenn dabei auch eine Reihe logisch notwendiger Grundsätze aufgestellt

[1]) Daß auch der Wille Tatbestandsmerkmal ist, wird besonders von Zitelmann, Irrtum, S. 309 betont. Vgl. auch Savigny, System III, Arndts Pand. § 60, Brinz, Pand. IV, S. 263 ff, Dernburg Pand. § 91, Puchta Pand. § 65, Winscheid, Wille und Willenserklärung u. a. m.

[2]) Hiergegen wird vielfach vorgebracht, daß der Rechtserfolg einer Willenserklärung auch dann eintrete, wenn jemand durch sein Verhalten einem anderen den begründeten Anlaß gegeben habe, auf das Vorhandensein eines bestimmten rechtsgeschäftlichen Willens zu schließen. Obwohl hier der Wille fehlt, müsse sich der Betreffende gefallen lassen, daß er rechtlich so behandelt werde, als ob er diesen Willen wirklich gehabt habe.

Dagegen ist folgendes zu erwidern: Theoretisch kann dieser Satz keine Geltung beanspruchen. Solange der Tatbestand der Willenserklärung nicht erfüllt ist, kann auch der mit der Willenserklärung verbundene Rechtserfolg nicht eintreten. Jedoch praktisch verhält sich der Fall anders. Das Vorhandensein eines Willens kann von anderen Personen nicht unmittelbar wahrgenommen werden, vielmehr wird die Annahme eines entsprechenden Willens im Streitfall durch Indizienschluß begründet. Im Streitfall hängt daher der Prozeßerfolg (im Gegensatz zur theoretischen Rechtsfolge) von den Voraussetzungen ab, die der Richter in concreto als gegeben ansieht, mögen sie auch in Wirklichkeit nicht gegeben sein. Der Richter wird aus der Erklärung auf den Willen schließen und daraus die Rechtsfolge ableiten. Es liegt somit hier nicht eine Ausnahme von dem theoretischen Prinzip der Vollständigkeit der Tatbestandserfüllung vor, sondern der Fall, daß der Richter von der Vollständigkeit der Tatbestandserfüllung überzeugt ist, was objektiv nicht zutrifft.

[3]) Das Motiv erzeugt den Geschäftswillen, die Bedingungen werden erst durch den Geschäftswillen hervorgebracht.

wurden, so zeigt sich doch, daß die Grenze keineswegs eine starre unabänderliche ist, sondern weitgehend von der subjektiven Würdigung des einzelnen Beurteilers abhängt. Denn einerseits gibt es kein zwingendes Kriterium dafür, wie die Norm im begrifflichen Sinn zusammenzusetzen ist, andererseits gibt es kein absolutes Unterscheidungsmerkmal dafür, ob das im Bedingungssatz einer Norm erscheinende Element als rechtserzeugendes Tatbestandselement oder als inhaltsgestaltender Faktor funktioniert. Schließlich gibt es nicht einmal ein sicheres Kriterium dafür, ob ein Umstand noch in den Bedingungssatz einer Norm gehört, also im Tatbestand erscheint, oder ob er schon der Rechtsfolge zuzuteilen ist. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß, die angestellte Untersuchung wertlos sei. Vielmehr beruht gerade der Vorzug dieser rein formalen Betrachtung darin, daß nunmehr auf Grund der angeführten Richtlinien sofern unter Würdigung der wirtschaftlichen Interessen die Norm formuliert und klar erfaßt wurde, mit logisch zwingender Notwendigkeit die Existenz einer Anwartschaft oder eines subjektiven Rechts gefolgert werden kann. Und gerade deshalb genießt die formale Betrachtungsweise hier den Vorzug, als ihre praktische Durchführung selbst im hohen Maße primär die Abstimmung der rechtlichen Konstruktion auf die wirtschaftliche Interessenlage erfordert.

II. Im folgenden mögen einige Beispiele, in denen die Abgrenzung der subjektiven Rechte besonders unklar und schwierig, zugleich aber auch für die praktische Durchführung der Anwartschaftslehre besonders bedeutungsvoll erscheint, näher untersucht werden. Zunächst die Fälle:

Bestehen gegenwärtig aus einem Miet- oder Pachtvertrag schon Rechte des Vermieters oder Verpächters auf die erst fällig werdenden Miet- oder Pachtzinsen? Kann demgegenüber der Mieter oder Pächter jetzt schon beanspruchen, daß der Vermieter oder Verpächter das gemietete oder gepachtete Objekt in einem späteren Zeitpunkt überlasse? Hat der Rentenschuldgläubiger oder der Reallast- oder Leibrentenberechtigte jetzt schon einen Anspruch auf die erst in Zukunft zu zahlenden Beiträge? Steht dem Darlehensgläubiger jetzt schon ein Anspruch auf die erst fällig werdenden Zinsen zu? Oder hat der Hypothekengläubiger jetzt schon ein Recht auf die künftig verfallenden Zins- oder Amortisationsquoten? Ist ferner der Wirt aus einem Bierlieferungsvertrag jetzt schon berechtigt, hinsichtlich der erst später zu liefernden Biermengen? Hat der Gesellschafter oder das Vereinsmitglied jetzt schon ein Recht auf die erst am Ende eines jeden Jahres zur Verteilung kommenden Tantiemen? Die gleiche Frage ist zu beantworten für den Abzahlungskauf, bei dem der Kaufpreis in einzelnen Raten beglichen wird; ferner für die in regelmäßigen Zeitabständen zu zahlenden Unterhaltsraten und Pensionsraten; ebenso für die wiederkehrenden Versicherungsprämien oder Vereinsbeiträge. Wie steht es ferner beim Kauf von Kohlen, die innerhalb eines Jahres aus der Grube gefördert werden, oder beim Kauf der innerhalb eines Jahres aus einem Steinbruch gewonnenen Marmorplatten, oder beim Kauf einer Obst- oder Ge-

treideernte mehrerer Jahre, wenn vereinbart wird, daß der Kaufpreis zu zahlen ist entweder jeweils nach der Ernte auf Grund der darüber aufgestellten Gesamtabrechnung, oder jeweils pro verladenen Waggon Kohlen oder Marmorplatten bei Erhalt des Duplikatfrachtbriefes? Entspringen hier die Zahlungspflichten sofort mit Kaufabschluß, oder jeweils erst mit Lieferung der Waren, oder mit Stellung der Abrechnung? Hierher gehört auch der Fall, daß zwei Firmen auf die Dauer einer bestimmten Obstsaison einen Kommissionsvertrag abschließen, wonach die Firma A der Firma B sämtliche Waggonladungen der betreffenden Ostsorte zum kommissionsweisen Verkauf sendet und die Firma B jeden einzeln getätigten Waggonverkauf in Abrechnung bringt und den jeweiligen Nettoertrag der Firma A einzeln überweist. Hat hier die Firma A schon einen Anspruch auf diese Überweisungen mit Abschluß des Kommissionsverhältnisses erhalten, der nur durch die Abrechnung inhaltlich bestimmt wird? Oder entsteht das Forderungsrecht der Firma A erst mit Erhalt der jeweiligen Abrechnung? Oder ist die Zahlungspflicht schon vor Erstellung der Abrechnung, aber erst in den einzelnen Zeitpunkten entstanden, in denen die Firma B mit einem dritten Käufer einen Abschluß über die Kommissionsware tätigt? Wie steht es ferner mit den sogenannten Heereslieferungen, die eine Firma während der Dauer eines Krieges an den Staat zu vollziehen hat? Hierher gehört auch der dauernde Verkehr einer Handelsfirma mit ihrer Bank. Entspringen hier sofort mit Abschluß des Krediteröffnungsvertrages die Rechte auf jene Leistungen, die alle im Laufe dieses Verkehrs fällig werden?

Endlich sind auch in den Bereich dieses Problems die ununterbrochenen Leistungen zu ziehen, z. B. das fortlaufende Nutznießungsrecht des Nießbrauchers, das fortdauernde Recht des Dienstbarkeitsberechtigten, insbesondere auch die fortdauernde Unterlassungspflicht, die etwa durch Konkurrenzklauseln oder durch sogenannten Verkauf einer Kundschaft oder durch Kartellvorschriften begründet worden ist.

Zur Beantwortung dieser Fragen ist notwendig, in jedem dieser Fälle die Norm aufzustellen und den Tatbestand herauszuschälen. Es ist insbesondere einerseits die Scheidung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge vorzunehmen und dabei jeweils zu prüfen, ob ein Umstand noch ein Tatbestandsmerkmal bildet oder ob es schon in den Inhalt der Rechtsfolge aufzunehmen ist. Andererseits ist zu untersuchen, ob ein Umstand Bezug hat auf die Rechtsentstehung, oder ob er lediglich als inhaltsgestaltender Faktor erscheint. In den angeführten Fällen sind nun folgende zwei Auffassungen denkbar:

1. Man könnte sagen, daß das Recht des Vermieters, des Verpächters, des Darlehens- oder Hypothekengläubigers auf die künftigen Zinsen, oder das Recht des Pensionisten, des unehelichen Kindes, des Rentenschuldgläubigers, des Abzahlungskäufers auf die künftigen Raten etc. sofort mit Begründung des jeweiligen Schuldverhältnisses entstanden sei, daß aber diese Rechte inhaltlich auf die Zukunft lauteten. Die jeweiligen Ansprüche würden also inhaltlich gerichtet sein auf Zahlung in ein, zwei, drei Monaten oder auf

Zahlung gegen Aushändigung der Abrechnung, der Bilanz, des Duplikatfrachtbriefes etc. Die gesetzliche Parallele hiezu wäre der § 320 BGB., wonach der Anspruch inhaltlich auf „Zahlung Zug um Zug" lautet. In allen diesen Fällen würde entsprechend dieser Konstruktion sofort mit Abschluß des Vertragsverhältnisses das Forderungsrecht begründet worden sein, dessen Anspruch aber inhaltlich nicht auf Gegenwart, sondern in die Zukunft gerichtet wäre[1]).

2. Andererseits könnte man die Fälle so auffassen, daß auch der jeweilige Umstand, der die Fälligkeit der Schuld herbeiführt, zu den Tatbestandsmerkmalen zu rechnen sei. Hier wäre erst mit dem Fristablauf, mit Zusendung der Abrechnung, mit Verladung, Verkauf oder Lieferung der Ware das letzte Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Deshalb würden vorher noch keine Rechte bestehen, auch nicht schwebend, sondern erst nach diesen Zeitpunkten würden die, dann aber auch einen auf sofortige Leistung gerichteten Anspruch enthaltenden Forderungen entstehen[2]).

Eine unbefangene Beobachtung dieser Beispiele zeigt, daß die Antwort in den einzelnen Fällen nicht überall die gleiche sein kann. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß eine logisch zwingende Grenze des Tatbestands nicht besteht, sondern daß dies quästio facti ist.

Die richtige Auffassung ergibt sich m. E. aus folgender Erwägung. Es ist zu unterscheiden zwischen vorübergehendem Schuldverhältnis und Dauerschuldverhältnis[3]). Der Gegensatz zwischen diesen beiden Arten von Schuldverhältnissen ergibt sich aus ihrem wirtschaftlichen Zweck:

---

[1]) In diesem Sinn konstruieren, wenn auch mit verschiedenen Abweichungen: Crome, B. R. II, § 198 Note 3, der einem Anspruch auf die künftig verfallenden Miet- oder Pachtgelder sowie von künftigen Rentenansprüchen spricht. (Dies steht jedoch im Widerspruch zu Bd. 1 § 115, 2, wonach er die Fälligkeit des Anspruchs als wesentliches Merkmal für den Anspruchsbegriff bezeichnet). Ferner Stein-Jonas, § 259, I, Hellmann, Konkursrecht, S. 206, Seuffert, Konkursordnung S. 18; Gierke, Dauerschuldverhältnisse passim; Langheineken Anspruch S. 146, 248.

[2]) Diese Auffassung scheint übereinzustimmen mit der Ansicht von Planck, § 224, Anm. 2; Staudinger, § 224 Anm. 3; Hölder, § 224; Tuhr I, S. 271; Windscheid, Pand. § 107; Dernburg, B. R. § 174 Note 9; Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 371 Note 10; Landsberg I, S. 319; Oertmann Komm. II S. 2; Hellwig, ZPO. I § 57b; zum Teil auch Jäger K. O. § 3 Anm. 15 und 48; jedoch wegen der Leibrente vergl. Anm. 20 und § 1 Anm. 37.

[3]) Dauerschuldverhältnis und Schuldverhältnis mit wiederkehrenden Leistungen fallen nicht zusammen. Es gibt Dauerschuldverhältnisse, die keine wiederkehrenden Leistungspflichten erzeugen, z. B. die ständige Unterlassungspflicht bei Konkurrenzverbot. Umgekehrt gibt es wiederkehrende Leistungen, die nicht auf einem Dauerschuldverhältnis beruhen, z. B. die einzelnen Raten beim Abzahlungskauf. Der von Gierke in Dauerschuldverhältnisse angeführte Unterschied, wonach maßgebend sein soll, ob die den Inhalt von Schuld und Forderung bildende Leistung in einem Zeitpunkt oder während eines Zeitraums bewirkt werden soll, ist für die wiederkehrenden Leistungen nicht zutreffend. Denn gerade beim Abzahlungskauf soll die den Schuldinhalt bildende Leistung, nämlich die Zahlung des Kaufpreises nicht in einem Zeitpunkt, sondern während eines Zeitraumes bewirkt werden. Gerade darin besteht ja das Wesen und der ökonomische Zweck dieser Geschäftsart. Dennoch ist es verfehlt, hier von einem Dauerschuldverhältnis zu sprechen.

a) Ein vorübergehendes Schuldverhältnis ist anzunehmen, wenn die Leistung wirtschaftlich ein Ganzes, eine Einheit bildet, selbst wenn sie in mehrere Teilleistungen zerfällt. Bei den Dauerschuldverhältnissen dagegen ist nicht die einzelne Leistung als Teilleistung eines wirtschaftlich Ganzen anzusehen, sondern jede Leistung erfüllt für sich ihre eigene wirtschaftliche Funktion. Von diesem Standpunkt aus erscheint der Abzahlungskauf als vorübergehendes Schuldverhältnis. Der wirtschaftliche Zweck dieses Kaufvertrages besteht lediglich in einer einmaligen Verschiebung des Eigentumsrechts an der Kaufsache, indem das Eigentum von dem Verkäufer auf den Käufer übergehen soll. Damit ist der Erfolg des Kaufvertrages erzielt und der Zweck des Geschäftes erreicht. Die einzelnen Teilleistungen sind nur ein Teil des gesamten Kaufpreises. Es erscheint somit als Vertragsobjekt nicht der einzelne Teil, sondern die Summe derselben, nämlich einerseits die gesamte Ware, andererseits der gesamte Kaufpreis. Diese bilden den Gegenstand des Vertrages und deshalb wird auch der Käufer sofort bei Vertragsabschluß auf die ganze Kaufpreissumme verpflichtet. Die Schuld oder das korrespondierende Recht entsteht also auf beiden Seiten sofort mit Vollzug der Einigung. Die Stundung und die Bewilligung von Teilzahlungen erscheint nur als Modalität des Inhaltes der Zahlungspflicht. Nicht entsteht erst die Zahlungspflicht jeweils mit Eintritt der Fälligkeit der Raten. Das Wesen eines solchen Kaufvertrages als vorübergehendes Schuldverhältnis und damit die juristische Konstruktion wird auch nicht geändert, wenn neben den Ratenzahlungen auch noch die Kaufsache in einzelnen Teilen geliefert wird, sofern die einzelnen Lieferungen als Teil eines wirtschaftlich Ganzen anzusehen sind. So wird beispielsweise beim Kauf eines wissenschaftlichen Werks, das in einzelnen Lieferungen erscheint, der Käufer und Verkäufer bezüglich des ganzen Werkes sofort mit Vertragsabschluß berechtigt und verpflichtet, jedoch mit der Maßgabe, daß eben die Pflichten in Form der jeweiligen Einzellieferungen Zug um Zug zu erfüllen sind. Die Teilleistungen sind die Form, in der die bestehende Pflicht erfüllt wird.

b) Im Gegensatz hierzu steht der Leibrentenvertrag. Bei diesem handelt es sich wirtschaftlich um Dauerleistungen, mag auch die Dauer des Verhältnisses tatsächlich nur eine kurze sein. Der Zweck der einzelnen Raten ist, dem Berechtigten für die betreffende Zeitspanne, also bis zur Fälligkeit der nächsten Rate, den Unterhalt zu gewähren und dieser Zweck wird auch nicht dadurch verändert, daß das Schuldverhältnis etwa kurz nach der Begründung durch Tod des Berechtigten wieder erlischt. Bei den Dauerschuldverhältnissen ist die Fälligkeit der Schuld ein Tatbestandsmerkmal, denn es erscheint nicht ein wirtschaftlich Ganzes als Vertragsobjekt. Die einzelnen Leistungen bilden keine Teilleistungen im begrifflichen Sinn, sondern jede Leistung bildet für sich wirtschaftlich eine geschlossene Einheit[1]). Daher kann auch von einer sofortigen Ver-

[1]) Ähnlich auch Oertmann, Vorbemerkung vor § 433 2 b: „Die Einzelleistungen weisen eine gewisse Selbständigkeit auf gegenüber dem gewöhnlichen Kauf".

pflichtung oder Berechtigung auf das Ganze als Summe dieser Einzelleistungen nicht die Rede sein. Vielmehr bestehen zunächst nur Anwartschaften auf die einzelnen erst fällig werdenden Rechte. Das Abzahlungsgeschäft ist erfüllt, wenn die Summe der einzelnen Teilleistungen sich mit der Gesamtschuldsumme deckt. Beim Dauerverhältnis ist eine Erfüllung in diesem Sinne gar nicht möglich. Sie besteht vielmehr in der Erfüllung der immer wiederkehrenden Einzelschuld. Es wird also dauernd erfüllt. Das Dauerschuldverhältnis ist daher folgendermaßen zu konstruieren: Zu Grunde liegt ein Rechtsverhältnis. Aus diesem entspringen immer wiederkehrend die einzelnen Rechte, auf die vorher jeweils eine Anwartschaft bestanden hat[1]). Diese Rechte gehen aber mit ihrer Erfüllung unter, während das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis weiterbesteht und neue Ansprüche entstehen läßt[2]).

---

[1]) Gierke, Dauerschuldverhältnis und Langheineken, Anspruch S. 143 legen im Anschluß an die im gemeinen Recht herrschende Lehre dem Dauerschuldverhältnis einen sogenannten Gesamtanspruch zu Grunde. Auch der E. I in den §§ 160, 184/II und die Motive I S. 310 gingen von der Annahme aus, daß den wiederkehrenden Leistungen ein Gesamtanspruch zu Grunde liege. Diese Konstruktion wurde jedoch schon im gemeinen Recht von Windscheid, Pand. I § 107 abgelehnt und wurde auch von den Protokollen I S. 212 wieder aufgegeben. Dem schlossen sich die überwiegende Mehrzahl der Zivilisten an. Vgl. Planck, § 224, Staudinger § 224 und § 198 3 d; Hölder § 224; Tuhr I S. 271; Dernburg B. R. I § 174 Note 8; Hellwig Anspruch S. 371 Note 10. Eine besondere Bedeutung wird diesem zu Grunde liegenden Anspruch auch im Konkurs beigelegt. Vgl. Seuffert S. 46, Jäger K. O. § 3 Anm. 13. Man glaubte, nur auf diese Weise verschiedene Bestimmungen der K. O., insbesondere auch die Berücksichtigung bedingter und befristeter Forderungen erklären zu können. Bezeichnend ist, was Hellmann S. 140 sagt: „Trägt der Erwerbstatbestand einen Anfangstermin in sich, so unterscheidet man zwar allgemein zwischen den Fällen der befristeten Entstehung und der befristeten Wirksamkeit des Rechts. Allein man zieht für den Konkurs nicht die Konsequenzen der Unterscheidung, indem man die Fälle der ersteren Art denen des bedingten Rechtserwerbs gleichstellt, bei diesen selbst aber, wie gesagt, zwischen bedingter Entstehung und bedingter Wirksamkeit nicht unterscheidet.“ Ähnlich auch Hellwig für den Zivilprozeß in I, § 57 bβ. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. In allen diesen Fällen handelt es sich vielmehr um eine Berücksichtigung der Anwartschaft auf diese Rechte. Ansätze zu dieser Auffassung finden sich auch schon in der bisherigen Literatur. So weist z. B. Jäger Konkursrecht S. 42 c darauf hin, daß auch gewisse Anwartschaften dem Konkursbeschlag standhalten. Vgl. auch Kisch, Grundriß, § 21 I 4, der die bedingten, betagten, die Eventual-, Reflex- und Regreßforderungen zwar nicht als bestehende Forderungen betrachtet, dennoch eine Berücksichtigung derselben im Konkurs platzgreifen läßt. Vgl. auch Jäger, K. O. § I Anm. 56, § 67 Anm. I mit III.

[2]) Von einzelnen Autoren werden die sogenannten „künftigen Rechte“ in verschiedene Gruppen eingeteilt. So unterscheidet beispielsweise Tuhr 3 Arten künftiger Rechte. Er faßt einerseits jene Ansprüche zusammen, deren gesetzlicher Tatbestand erfüllt ist, während ihre Entstehung noch vor der Verwirklichung eines vom Parteiwillen geschaffenen Tatbestandselements abhängt; so die bedingten und befristeten Rechte. Denen stellt er gegenüber jene künftigen Rechte, bei denen das Rechtsverhältnis schon begründet ist, während noch andere Tatsachen hinzukommen müssen, damit das Recht voll zur Entstehung kommt. Z. B. bei den einzelnen Mietzinsraten. Zur dritten Gruppe zählt er die künftigen Rechte, bei denen auch das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis gegenwärtig noch nicht geschaffen ist. Eine ähnliche Einteilung trifft auch Oertmann § 399 1 gγ. Besonders ausgeprägt findet sich eine

3. Untersucht man die oben angeführten Beispiele nach diesem Gesichtspunkt, so ergibt sich daraus folgendes:

a) Auf Grund des angeführten Kriteriums kann z. B. der Kohlenkauf, der Kauf von Marmorplatten, oder der Kauf mehrerer Obsternten im einen Fall als vorübergehendes Schuldverhältnis, im anderen Fall als Dauerverhältnis erscheinen. Demgemäß sind im ersten Fall die zeitlichen Grenzen des Rechts auf Zahlung und Lieferung der Ware sofort bei Vertragsabschluß gegeben, während im letzteren Fall die zeitlichen Grenzen der Rechte mit dem Eintritt des jeweiligen Lieferungstermins zusammenfallen, sodaß vorher nur eine Anwartschaft auf diese Rechte besteht. Ein vorübergehendes Schuldverhältnis ist z. B. anzunehmen, wenn eine Fabrik einen einmaligen besonderen Kohlenbedarf von 100 Tonnen decken will, oder wenn ein Baugeschäft für den Bodenbelag einer neuerbauten Kirche 3000 Marmorplatten bestellt oder wenn eine Likörbrennerei einen großen Auftrag erfüllen soll und zur Herstellung des zu liefernden Likörs mehrere Obsternten bei einem Produzenten bestellen muß. Hier entstehen also die einzelnen Rechte sofort mit Vertragsabschluß, sodaß eine Anwartschaft ausgeschaltet ist. Daß die Lieferung der Kohlen, der Marmorplatten oder des Obstes nicht sofort in einer einmaligen Sendung erfolgen kann, liegt in der praktischen Undurchführbarkeit. Sie sollen vielleicht gar nicht auf einmal geliefert werden [1]). Dennoch ist wirtschaftlich ausschlaggebend die Summe der einzelnen Lieferungen. Die einzelnen Waggonsendungen Kohlen, Marmor oder Obst bilden zusammen wirtschaftlich eine Einheit. Mit deren Lieferung ist das Kaufverhältnis erledigt, es ist durch Erfüllung erloschen. Daher ist auch in diesen Fällen die Pflicht zur Zahlung des gesamten Kaufpreises und zur Lieferung der gesamten Warenmenge sofort mit Vertragsabschluß entstanden. Daß die Zahlung jeweils erst bei Abrollen eines Waggons zu leisten ist, das ist nur eine inhaltliche Modalität, die sich aus dem § 320 BGB. ergibt.

b) Anders liegt der Fall, wenn eine Kohlenzeche an eine Fabrik in bestimmten Zeitabständen regelmäßig eine bestimmte Quantität

---

solche Unterscheidung bei Ohmeyer, Verfügung über künftige Rechte, der 4 Kategorien aufstellt. Nämlich: Rechte, die an Stelle anderer Rechte treten; dann die künftigen Rechte, die aus einem schon bestehenden Dauerschuldverhältnis entspringen; ferner unfertige Rechte, bei denen das Grundverhältnis noch nicht vollständig besteht und endlich gehoffte Rechte, bei denen vom besonderen Tatbestand noch kein Element verwirklicht worden ist. Weitere Einteilungen bei Süß, S. 42.

Hier ist nicht der Platz, die Berechtigung dieser schon mehrfach angegriffenen Einteilung zu prüfen. In diesem Zusammenhang muß nur mit aller Entschiedenheit darauf hingewiesen werden, daß es für die Entstehungsgrenze eines Rechts vollkommen gleichgültig ist, welcher Teil des Tatbestandes erfüllt ist und welcher noch aussteht. Solange nicht der gesamte Tatbestand verwirklicht ist, so lange ist das Recht noch kein existentes. Dieser an sich fast durchweg anerkannte Grundsatz wird jedoch im Einzelfall so wenig konsequent berücksichtigt. Es wird vielfach von der Vorstellung ausgegangen, als sei ein Recht, das aus dem bestehenden Schuldverhältnis erst entspringt, deshalb auch schon ein bestehendes. In allen diesen Ansichten tritt deutlich eine unzulässige Verquickung von Recht und Anwartschaft zutage.

[1]) Gierke müßte auf Grund seines Kriteriums hier ein Dauerschuldverhältnis annehmen.

Kohlen, oder wenn eine Marmorschleiferei an eine Bodenbelagsfirma regelmäßig eine bestimmte Sendung Platten zu liefern hat, oder wenn ein Weinbauer alljährlich seine Ernte an eine Kelterei zu liefern verpflichtet ist, um dadurch den Warenbedarf der betreffenden Käuferinnen fortlaufend zu decken. Hier ist nicht maßgebend die Summe der einzelnen Lieferungen, sondern jede einzelne Lieferung erfüllt als solche ihren wirtschaftlichen Zweck. Sie bedeuten jeweils Auffüllung des Warenlagers oder regelmäßige Versorgung mit Materialien. Das gilt auch dann, wenn schon nach der ersten Sendung die Lieferung wieder eingestellt werden muß, etwa wegen Konkurs der Verkäuferin. Die Einzellieferung erscheint nicht als Teillieferung, insbesondere kann schwerlich der Fall eintreten, daß etwa die Einzellieferung für den Vertragsgegner kein Interesse hätte gemäß § 280 Abs. II BGB. Hier entsteht das Recht auf Zahlung und auf Lieferung der Ware für die künftigen Zeitabschnitte nicht sofort mit Begründung des Vertragsverhältnisses, sondern erst wenn der jeweilige Zeitabschnitt, nach dessen Ablauf wieder eine Lieferung fällig wird, verstrichen ist. Vorher besteht nur eine Anwartschaft auf diese Rechte.

4. Auf Grund des angeführten Beispiels liegt nun die Annahme nahe, daß die Schuld und das Recht auf die gesamte Leistung immer dann sofort entsteht, wenn sie in ihrer Gesamtheit bestimmt ist, während das Recht jeweils auf die einzelnen Leistungen entsteht, wenn deren Gesamtheit unbestimmt ist. Diese Annahme wäre indes irrig. Ein Mietvertrag, der auf 10 Jahre geschlossen ist, ist ein Dauerverhältnis, wenngleich die Mietzinsen auf die gesamte Zeit voraus berechnet werden können und es entsteht daher die Zahlungspflicht immer für jeden einzelnen Zeitabschnitt einzeln [1]). Wenn dagegen im Kriegsfalle eine Munitionsfabrik mit Heereslieferungen beauftragt wird, so entsteht die Pflicht und das korrespondierende Recht sofort mit Vertragsabschluß auf die gesamte Leistung, die jedoch inhaltlich unbestimmt ist, da ihre inhaltliche Ausgestaltung einerseits von der Dauer des Krieges, andererseits von der Quantität der gelieferten Munition abhängt. Gewiß erfolgen hier die einzelnen Leistungen, nämlich die Lieferung der Ware und Bezahlung des Preises nicht auf einmal; dennoch ist hier kein Dauerverhältnis anzunehmen, denn der Zweck ist auf eine möglichst große Quantität gerichtet, die als wirtschaftliche Einheit erscheint [2]).

---

[1]) Das Mietverhältnis erlischt nicht, weil etwa die Gesamtsumme der Mietzinsen für 10 Jahre bezahlt wäre, sondern die Zahlungspflicht hört auf, weil das Mietsverhältnis infolge Zeitablauf erloschen ist.

[2]) Bei den Dauerschuldverhältnissen mit wiederkehrenden Leistungen ist scharf auseinanderzuhalten die Entstehung der Pflichten bezw. des korrespondierenden Rechts und der Erfüllungstermin der Pflicht. Die Pflicht zu leisten entsteht nicht erst in dem Augenblick, in dem der Gegner leistet, sondern die beiderseitigen Leistungspflichten entstehen jeweils ipso jure mit Eintritt des festgesetzten Termins. Dieser kann bestimmt sein auf wöchentliche, monatliche, vierteljährliche Leistung. Dagegen die Erfüllung der nunmehr entstandenen Pflicht hängt ab im Zweifel von der Leistung des Gegners, § 320 BGB. Vielfach wird von den Parteien ein bestimmter Leistungstermin vereinbart sein. Diese Vereinbarung hat regelmäßig nicht Bezug auf

Was die Unterhaltsraten des Ehemanns an seine Frau, des Vaters an das uneheliche Kind etc. betrifft, desgleichen die Pensionsraten, die Reallasten, die Rentenschulden usw., so beruhen auch diese Leistungen auf Dauerverhältnissen und das Recht auf sie entsteht daher jeweils erst bei Eintritt des Fälligkeitstermins. Ebenso ist es bei den Vereinsbeiträgen, Darlehenszinsen, bei den Ansprüchen des Gesellschafters oder Vereinsmitgliedes auf die Tantièmen, bei den Versicherungsprämien usw.

Beim Kommissionsvertrag, der von zwei Firmen auf die Dauer einer Obstsaison geschlossen wird, sind verschiedene Rechte und Pflichten auseinanderzuhalten; nämlich einerseits die Pflicht des Kommittenten, der Firma B die Ware in Kommission zu senden, andererseits die durch Verkauf des Kommissionärs B entstehenden Rechte und Pflichten auf Rückzahlung des Erlöses einerseits und auf Zahlung einer Provision andererseits. Was die Pflicht des Kommittenten betrifft, seine Ware dem Kommissionär zum Verkauf zu überlassen, so liegt hier zwar m. E. ein Dauerverhältnis vor, aber nicht ein Schuldverhältnis mit wiederkehrenden Leistungen. Dieses Dauerverhältnis erzeugt eine ununterbrochene Überlassungspflicht, die allerdings praktisch durch einzelne Leistungen befriedigt wird [1]). Was dagegen die Provisionspflicht und die Pflicht zur Rückerstattung des erhaltenen Erlöses betrifft, so ergibt sich aus HGB. §§ 384 Abs. 2, daß sie entsteht, wenn der Kaufvertrag vom Kommissionär mit einem Dritten abgeschlossen ist.

Ähnlich ist auch bei dem Geschäftsverkehr zwischen Handelsfirma und Bankhaus zu unterscheiden zwischen dem Grundverhältnis und den einzelnen Geschäftsabschlüssen. Hat z. B. die Firma mit der Bank einen Krediteröffnungsvertrag geschlossen, so entsteht für die Bank die dauernde Pflicht, den Kredit für die Firma bereit zu halten. Auch hier liegt ein Dauerverhältnis vor, aber nicht mit wiederkehrenden Leistungen, sondern die Pflicht der Bank ist gerichtet auf die dauernde Bereithaltung des Kredites. Wird dann im Einzelfall ein Kredit gewährt, so entstehen daraus mit Abschluß dieses besonderen Geschäfts für die Firma die Rückzahlungs- und Zinspflicht.

5. Bei den schon mehrfach erwähnten Dauerleistungen endlich handelt es sich nicht um eine Summe immer wiederkehrender einzelner Pflichten und Leistungen, sondern nur um eine einzige Leistung, die zeitlich ausgedehnt ist. Es entsteht mit der Begründung des Schuldverhältnisses sofort ein einziger Anspruch, dessen Inhalt gerichtet ist auf ständige Leistung eine bestimmte Zeit hindurch. Für eine Anwartschaft ist in diesen Fällen kein Platz. Diese Fälle

---

die Rechtsentstehung, sondern auf die Erfüllung der entstandenen Pflicht. So ist z. B. die Modalität: „Zahlbar bei bahnamtlichen Ankunftsavis" nicht ein Tatbestandselement, sondern sie bezieht sich auf die Erfüllung der Schuld. Sie ist eine Modalität des Schuldinhaltes, ebenso die Vereinbarung, daß die Mietzinsen postnumerando zu zahlen sind.

[1]) A. A. Tuhr I S. 105c, der sagt, eine dauernde Leistung könne nur in einem Unterlassen bestehen, da jedes positive Verhalten in eine zeitlich voneinander getrennte Handlungen zerfalle.

dürften genügen, um zu ersehen, wie die zeitlichen Entstehungsgrenzen der Rechte zu konstruieren sind. Nunmehr sollen die Anwartschaften selbst betrachtet werden.

II. Abschnitt.

Die Anwartschaften.

§ 1. Die Grundlagen der Anwartschaften.

I. Der Terminus Anwartschaft[1]) ist dem gesamten geltenden Privatrecht fremd[2]). Dieser Begriff ist vielmehr von der Wissen-

[1]) Die Lehre von der Anwartschaft ist erst ein Produkt der neueren Doktrin. So weit ich sehe, ist der Begriff im gemeinen Recht noch nicht aufgestellt worden, wiewohl sich verschiedene Autoren damit befaßt haben, die Rechtslage, die hier als Anwartschaft bezeichnet wird, allgemein zu erklären. So z. B. Jhering, passive Wirkungen; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Beilage III (Erwerbsberechtigungen); Bekker, Pand. I, § 29, Beilage III, der von unbenannten Rechten spricht und dabei das Recht des Antragsempfängers aus der Offerte anführt.

Reichhaltig ist die gemeinrechtliche Literatur über einzelne Rechtspositionen, die hier unter dem Anwartschaftsbegriff aufgezählt werden; so namentlich der Rechtszustand während schwebender Bedingung, sofern das bedingte Recht als ein noch nicht existentes betrachtet wurde. Dabei finden sich auch verschiedene Bemerkungen über die Frage, was denn gegenwärtig bestehe, nachdem das sog. bedingte Recht noch kein Recht sei. Es ist im Rahmen dieser Aufgabe nicht möglich, die einzelnen Stellen zu würdigen, zumal sie auch für die theoretische Konstruktion des Anwartschaftsbegriffes wenig bieten. Es möge daher genügen, statt aller auf Windscheid, Pand. I § 89, Anm. 13a zu verweisen, der einschlägige Zitate anderer Autoren anführt.

Häufig vertreten ist der Begriff Anwartschaft in der Literatur des alten deutschen Rechts. Es werden z. B. die unter dem Begriff der Retraktrechte aufgezählten einzelnen Rechtsinstitute, wie die Marklosung, das Fürnossenrecht, das Gespilderecht, das Ganerbenrecht, das Retraktrecht dessen, der ein Grundstück durch Expropriation verloren hat als Anwartschaftsrechte bezeichnet. Diese Rechte haben aber mit dem hier entwickelten Anwartschaftsbegriff nichts zu tun. Teils finden sich aber auch Rechtslagen, auf die der hier verwendete Anwartschaftsbegriff Anwendung finden könnte. So z. B. die Lehensanwartschaft beim Geding oder die Lage des Fideikommissanwärters. Die Literatur über diese Fälle enthält jedoch im wesentlichen nur Angaben darüber, wie diese Anwartschaften in den einzelnen Rechten behandelt wurden. Dagegen sind hieraus keine Anhaltspunkte über die theoretische Natur der Anwartschaft zu entnehmen.

Aber auch die moderne Literatur hat sich mit dem Anwartschaftsbegriff noch nicht eingehend befaßt. An zusammenhängenden Darstellungen sind folgende zu nennen: Tuhr, allgemeiner Teil I, § 9; Radke, Anwartschaftsrechte (Dissert.); Semeka, Wartrecht.

Im übrigen sind in der Literatur nur beiläufige Bemerkungen zu finden: Z. B. Oertmann, Rechtsbedingung, S. 121 ff; Kohler, B. R. I, §§ 48. 49; Band II, Teil 2, S. 343; Enneccerus, B. R. I, § 75; Cosack, B. R. I. § 61; Crome System I, S. 174 ff; Dernburg, B. R. I, § 154; Walsmann, Verzicht S. 7 f, 141 f, 200 f; Biermann, B. R. § 81; Endemann, B. R. III, S. 273; Leonhard, allgem. Teil S. 402 ff; Matthias, B. R. II; Brecht, Bedingung und Anwartschaft; Leonhard, künftige und gegenwärtige Rechte; Zitelmann, intern. Privatrecht II, S. 50 ff; Kisch, die Berechnung des Pflichtteils bei einer nacherbrechtlichen Anwartschaft; Strohal, Grenzen der Urteilskraft, Protokolle I, S. 179; Strohal, Erbrecht an versch. Stellen, u. a. m.

[2]) Dagegen ist er z. B. dem Schweizer Zivilgesetzbuch in Art. 51 bekannt, ferner der Deutschen Reichsversicherungsordnung.

schaft gebildet und es werden damit jene Fälle bezeichnet, in denen die in einer Norm ausgesprochenen Befugnisse zwar noch nicht zum subjektiven Recht einer Person geworden sind, in denen aber doch schon ein Teil des bedingenden Tatbestandes sich in einer Person verwirklicht hat. Soll nun der Anwartsbegriff rechtlich Bedeutung erlangen, soll er insbesondere ein Rechtsbegriff sein, so muß er im Gegensatz zu Begriffen, die außerhalb der Rechtsordnung liegen, zum Recht in Beziehung stehen. Die Beziehung zur Rechtsordnung kann auf zwei verschiedene Arten gegeben sein:

1. Sie kann einerseits darauf beruhen, daß das Gesetz an Umstände, die außerhalb des Rechts liegen, anknüpft, indem es einen Zustand oder Vorgang der physischen oder psychischen Welt vorfindet, in den Tatbestand einer Norm aufnimmt und damit eine Rechtsfolge verbindet. Z. B. an die Tatsache der Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe in eine neue bewegliche Sache hat das Gesetz den Erwerb des Eigentums an dieser Sache geknüpft. Darin allein beruht die Beziehung dieser Umstände zur Rechtsordnung.

2. Die Beziehung eines Begriffes zur Rechtsordnung kann andererseits auch darauf beruhen, daß der Begriff durch die Rechtsordnung erst erzeugt wird. Er ist ein Produkt der Rechtsordnung. Wird die Rechtsordnung hinweggedacht, so entfällt damit auch der Begriff; z. B. Rechtspflicht, subjektives Recht. Diese Begriffe sind ohne Rechtsordnung undenkbar.

Es fragt sich nun, in welcher Beziehung die Anwartschaft zur Rechtsordnung steht[1]). Anwartschaft wird durchweg aufgefaßt als Aussicht auf einen Rechterwerb, die eine Vorstufe, eine Entwicklungsstufe zum subjektiven Recht darstellt. Insofern ist auch sie ein Produkt der Rechtsordnung. Sie ist nicht eine Hoffnung, die auf außerrechtlichem Gebiet liegt, die von der Rechtsordnung als

[1]) Zunächst scheinen beide Auffassungen denkbar. Man könnte davon ausgehen, die wirtschaftlichen Erwerbsinteressen als eine juristische Tatsache aufzufassen, d. h. als eine Tatsächlichkeit, die die Rechtsordnung unter den Gegebenheiten des sozialen Lebens vorfindet und daran eine Rechtswirkung knüpft. Es wäre hiernach bei jedem Einzelfall zu prüfen, ob das konkrete Interesse in irgend einer Norm als Tatbestandselement erscheint und welche Rechtswirkung damit verbunden ist. Auf Grund dieser Methode könnten aber lediglich die Schutzvorschriften dieser Interessen gefunden werden, niemals würde dieser Weg zu einer rechtlich durchführbaren Verfügung über die Erwerbsaussicht führen können. Um diese Konsequenz zu erklären, braucht man sich nur die Technik vergegenwärtigen, mit der die Rechtsordnung ihren Zweck verfolgt. Die Rechtsordnung stellt als normatives Pendant den wirtschaftlichen Gütern die subjektiven Rechte gegenüber. Sofern nun über das Gut eine Disposition getroffen werden soll, erfolgt diese juristisch durch Verfügung über dieses Recht. Nur dadurch ist es möglich, der wirtschaftlichen Disposition die rechtliche Garantie zu verleihen. Was von den Gütern gilt, die mit den subjektiven Rechten korrespondieren, das muß auch von Erwerbsinteressen gelten, die hier als Antwartschaft konstruiert werden. Auch hier kann eine Disposition über eine Erwerbsaussicht rechtstechnisch nur dadurch erfolgen, daß rechtlich über das juristische Gegenstück dieser Erwerbsaussicht, nämlich über die Anwartschaft verfügt wird. Es muß daher die Anwartschaft so konstruiert werden, daß sie als geeignetes Objekt einer rechtlichen Verfügung erscheint, nämlich ebenso wie das subjektive Recht als ein Produkt der Rechtsordnung.

bestehend vorgefunden und in die Norm aufgenommen worden wäre, sondern sie ist ein Produkt der Rechtsordnung. Es ist also auch die Anwartschaft ebenso wie das subjektive Recht ohne Rechtsordnung undenkbar. Sie ist ein sekundärer Begriff und kann ebenfalls nur bestehen, soweit sie aus der Rechtsordnung abgeleitet wird.

Aus dem Gesagten ergibt sich der Satz: Alle jene Hoffnungen und Aussichten, deren Existenz nicht durch das Vorhandensein einer Rechtsordnung bedingt ist, sind keine Anwartschaften. Oder positiv ausgedrückt: Anwartschaft ist eine Rechtsaussicht, die auf der Rechtsordnung beruht, die vom objektiven Recht verliehen wird. Damit ist das erste Begriffsmerkmal der Anwartschaft gefunden. Demgemäß hat keine Anwartschaft eine Schwangere auf die Geburt eines Kindes. Desgleichen keine Anwartschaft die Aussicht eines Kandidaten, das Examen zu bestehen. Ebensowenig die Aussicht eines Kindes, zum Geburtstag ein Geschenk zu erhalten, wie überhaupt alle Aussichten auf ein Handgeschenk, durch das einer sittlichen Pflicht Genüge geleistet wird. Denn alle diese Aussichten stehen mit der Rechtsordnung nicht in Zusammenhang; sie beruhen vielmehr auf außerrechtlicher Grundlage. Man kann in allen diesen Fällen die Rechtsordnung hinwegdenken, ohne daß damit die Hoffnung entfiele. Rechtlich begründet ist eine Hoffnung nur dann, wenn der in Aussicht stehende Erfolg deshalb eintritt, weil das objektive Recht es bestimmt[1]). Da nun jeder rechtliche

[1]) Jhering, passive Wirkungen S. 259 versteht unter eine minder Entstehung begriffenen Recht: „Nicht bloße Rechtsaussichten, Rechtshoffnungen, wie z. B. die des durch Gesetz oder Testament berufenen Erben auf Beerbung des Testators, bevor derselbe gestorben ist, oder die des Verkäufers, der einen guten Käufer gefunden hat für die Ware, aber den Handel noch nicht abgeschlossen hat. Der Testator kann jene Aussichten jederzeit vereiteln, der Kauflustige solange die Verhandlungen nicht zum Resultat geführt haben, ungehindert zurücktreten und wenn auf der anderen Seite immerhin die gegründetste Hoffnung auf Verwirklichung dieser Aussichten bestünde, die Hoffnung selber hat nur ein faktisches, kein rechtliches Fundament".

Jhering, scheidet hier nicht die faktische Hoffnung als psychologischer Zustand von der Anwartschaft als einer vom Recht geschaffenen Situtation. Es ist richtig, daß der Verkäufer und der Erbe auch eine rein faktische Hoffnung auf den in Aussicht stehenden Erwerb eines Guts haben können. Gleichwohl besteht auch eine durch die Rechtsordnung begründete Anwartschaft auf Rechtserwerb. Wird nämlich die Rechtsordnung hinweggedacht, dann besteht weder Kauf noch Erbfolge. Durch diese Institute wird aber gerade die Rechtsaussicht begründet. Dem Erben fällt deshalb die Hinterlassenschaft zu, weil die Rechtsordnung bestimmt, daß derjenige Erbe werden soll, den der Erblasser im Testament als Erben eingesetzt hat. Vielfach ist mit dieser Rechtserwerbsmöglichkeit eine psychologische Rechtshoffnung garnicht verbunden; so wenn z. B. jemand von einem Erblasser als Testamentserbe eingesetzt worden ist, ohne es zu wissen. Gleichwohl entsteht für den Bedachten jene Rechtslage, kraft deren er bei Hinzutritt weiterer Erfordernisse, also bei Eintritt des Todes des Erblassers, die Rechte erhält. Andererseits gibt es psychologische Rechthoffnungen, denen nicht auch zugleich eine solche vom objektiven Recht geschaffene Rechtslage zu Grunde liegt; z. B. die Hoffnung des Kindes auf ein Weihnachtsgeschenk. Die Schenkung ist zwar als solche ein Rechtsinstitut. Maßgebend ist aber, daß in diesem Falle die Schenkung nicht erfolgt, weil es das Recht bestimmt, sondern weil es so Sitte ist. Aber wenn selbst die psychologische Hoffnung und die vom objektiven Recht geschaffene Position gleichzeitig bestehen, so sind sie doch keineswegs identisch.

Erfolg, sofern er auf der Rechtsordnung beruht, also durch die Rechtsordnung bedingt ist, nur als Rechtsfolge erscheinen kann, muß auch die Anwartschaft eine Rechtsfolge oder Rechtsposition im Sinn einer vom objektiven Recht geschaffenen Situation sein.

Als solche bildet sie den Gegensatz zur juristischen Tatsache. Denn unter juristischer Tatsache sind nur jene Umstände zu verstehen, die unabhängig von der Rechtsordnung bestehen, aber in den Tatbestand einer Norm aufgenommen sind. Es steht nun dem aufgestellten Satz, daß Anwartschaften Rechtsprodukte sind, nicht entgegen, daß sie ebenso wie die juristischen Tatsachen selbst wieder als Tatbestandselemente erscheinen können und sogar regelmäßig erscheinen. So ist z. B. Voraussetzung des Schadensersatzanspruches nach § 160 BGB, daß eine Anwartschaft verletzt wird (welche hier in der „bedingten Forderung" besteht). Die Anwartschaft bildet also ein Tatbestandselement in dieser Norm. Es sind eben Tatbestandsmerkmal und juristische Tatsachen nicht identisch, vielmehr kann der Tatbestand der Norm zusammengesetzt sein aus juristischen Tatsachen und aus Rechtspositionen, die selbst erst Rechtfolgen einer Norm sind, also ein Produkt der Rechtsordnung darstellen. Vgl. oben S. 22—23.

II. Anwartschaften werden als Rechtsaussichten bezeichnet. Dagegen pflegt man nicht von einer Anwartschaft auf eine subjektive Pflicht (die sich, wie oben S. 16, II dargelegt, vom subjektiven Recht nicht wesentlich, sondern normeninhaltlich unterscheidet) zu sprechen. Eine solche Auffassung ist aber durchaus denkbar und der Anwartschafsbegriff bleibt in beiden Fällen vollkommen der gleiche. Bei den Forderungen mag die Ablehnung dieser Auffassung geradezu als Willkür erscheinen, da eine Forderung ohne entsprechende Pflicht undenkbar ist. M. E. ließen sich auch manche Vorschriften aus diesem Gesichtspunkt erklären. Man denke z. B. jene Fälle, in denen für eine evtl. entstehende Pflicht jetzt schon Sicherheit verlangt werden kann. Oder man denke an die Interventionsbefugnis eines Dritten § 66 ZPO. wegen des in Aussicht stehenden Regresses der unterliegenden Partei gegen diesen Dritten. Ein anderer Fall wäre die Nachfolge des Erben in die Anwartschaften des Erblassers, die auf subjektive Pflichten gerichtet sind[1]). Gleichwohl sollen hier die Pflichtanwartschaften nicht weiter verfolgt werden, denn ein begriffswesentlicher Unterschied besteht gegenüber den Rechtsanwartschaften nicht, vielmehr ist die Konstruktion in beiden Fällen die gleiche.

Keine Anwartschaft besteht auf eine Rechtsposition, die selbst noch kein Recht darstellt. Daher keine Anwartschaft auf Wohnsitzbegründung, die etwa dadurch erzeugt wird, daß das Wohnungsamt eine Wohnung in Aussicht gestellt hat. Ferner keine Anwartschaft auf Erlangung der Geschäftsfähigkeit. Inbesondere keine Anwartschaft auf Erlangung einer Einzelbefugnis, die nur als einzelner

[1]) Aus diesem Gesichtspunkt heraus ließen sich auch solche Fälle erklären, in denen jemand gegenüber einem Dritten ein fremdes Interesse geltendmachen kann, bevor es selbst dem Dritten regreßpflichtig wird. Vgl. Staub HGB. § 383. Anm. 20 ff.

Bestandteil eines Rechts erscheint, oder die nur in Verbindung mit einem Recht Bedeutung erlangt. Keine Anwartschaft die Aussicht auf eine Anwartschaft [1]).

Es besteht keine Anwartschaft, wenn der Eintritt eines außerrechtlichen Ereignisses in Aussicht steht, z. B. die Geburt eines Kindes. Es kann aber mit solchen tatsächlichen Hoffnungen eine Anwartschaft verbunden sein, wenn mit Eintritt des erwarteten Ereignisses ein Rechtserwerb verbunden ist. So z. B. die Aussicht der in Hoffnung stehenden Mutter, vom Vater des unehelichen Kindes die Entbindungskosten verlangen zu können gemäß § 1715 BGB. Beides ist scharf voneinander zu trennen. Die Hoffnung der Mutter auf Niederkunft ist völlig unabhängig von der Rechtsordnung. Daneben läuft aber zugleich die Aussicht, auf den mit Eintritt dieses Ereignisses verbundenen Rechtserwerb.

III. Im folgenden ist die Frage zu prüfen, auf welches subjektive Recht die Anwartschaft gerichtet ist. Hier sind zwei Auffassungen denkbar [2]):

1. Man könnte die Anwartschaft auffassen als eine Aussicht, die gerichtet ist auf den herbeizuführenden rechtlichen Enderfolg. Die Anwartschaft wäre somit gerichtet auf das Recht, wodurch jener Erfolg erreicht wäre, der durch das Geschäft bezweckt wird. Und erst wenn dieser Erfolg einträte, würde die Anwartschaft erlöschen. Es hätte hiernach der A, der vom B ein Bild kaufen will und vom B eine hierauf gerichtete Offerte erhält, eine Anwartschaft auf das Eigentum an dem Bild erworben, nicht nur auf Erwerb der Forderung, mittels der er die Übereignung des Bildes verlangen kann. Dieser Konstruktion gemäß würde jede Anwartschaft auf eine Forderung zugleich eine Anwartschaft auf das dingliche Recht sein, sofern die Forderung auf Erwerb eines dinglichen Rechts gerichtet wäre.

[1]) Da die herrschende Lehre gewisse Anwartschaften als Rechte betrachtet, müßte sie dazukommen, Anwartschaften auf diese Anwartschaftsrechte anzuerkennen.

[2]) Prinzipiell ist diese Frage noch nicht gestellt worden. Jedoch nach den in der Literatur einzeln aufgeführten Beispielen zu schließen, würde sie verschieden beantwortet werden. Z. B. Tuhr I, § 9 Note 1, sagt: „Wer zur Annahme einer Offerte oder zur Genehmigung eines ohne Vollmacht geschlossenen Vertrages berechtigt ist, hat darin ein Gestaltungsrecht und zugleich eine von der Ausübung dieses Rechts abhängige Anwartschaft auf die aus dem Vertrag für ihn erwachsenden Rechte.“ Ähnlich auch in Note 10: „Wenn die Bedingung des Erwerbs potestativ ist, z. B. Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises, § 455 BGB., so hat der Käufer ein Aneignungsrecht, durch dessen Ausübung er seine Anwartschaft realisiert.“ Tuhr erblickt also in dem Recht, das als Mittel für den erstrebten Enderfolg erscheint, geradezu ein Mittel zur Verwirklichung der bestehenden Anwartschaft.

Auch Semeka, S. 123, erblickt im Intervall zwischen Geschäftsabschluß und Erfüllung beim synallagmatischen Vertrag Wartrechtselemente.

Kohler, Bd. II, Teil 2, S. 34, identifiziert überhaupt Gestaltungsrecht und Anwartschaft. Er unterscheidet volles und gemindertes Anwartschaftsrecht und führt unter letzterem das Vorkaufsrecht § 505 BGB. an.

Dagegen sind Cosack, Crome, Biermann, Oertmann der Ansicht, daß jeweils mit Eintritt der Forderung die Anwartschaft erlösche.

Diese Auffassung ist aber unhaltbar. Sie macht verschiedene Normen und Tatbestände, die voneinander völlig unabhängig sind, zur Grundlage ein und derselben Anwartschaft. So ist z. B. der Tatbestand, aus dem die Forderung entspringt, vollkommen getrennt von dem Tatbestand eines dinglichen Rechts. Deshalb ist es auch undenkbar, daß beide Tatbestände dieselbe Anwartschaft gewähren.

2. Richtig ist vielmehr die Auffassung, daß eine Anwartschaft nur innerhalb ein und derselben Norm bestehen kann; d. h. die Anwartschaft richtet sich immer nur auf jenes Recht, das von der Norm gewährt wird, die jeweils Grundlage der Anwartschaft ist. Es gibt also keine Anwartschaft, die über die zugrundeliegende Norm hinausreichte. Daher besteht eine besondere Anwartschaft auf die Forderung und eine besondere Anwartschaft auf das dingliche Recht, dessen Begründung durch die Forderung erzwungen werden kann. Die nähere Darstellung wird jedoch erst unten im § 3 gegeben werden. Hier möge nur noch ein Fall erwähnt werden, von dem auf Seite 21 c schon die Rede war. Es kann nämlich sein, daß aus einem Recht wieder neue Rechte entspringen, indem das ursprüngliche Recht in dem Tatbestand dieses neuen Rechts erscheint. So das Eigentum im § 1004 BGB. Hieher gehören auch sämtliche anderen Rechte, die aus einem dinglichen Recht entstehen können, insbesondere die deliktischen Ersatzansprüche bei Verletzung eines absoluten Rechts, oder die dinglichen Herausgabeansprüche, etc. Würde man hier das dingliche Recht nur als Durchgangspunkt für den Tatbestand betrachten, der schließlich zu dem neuen Rechte führt, so hätte jeder, der Anwärter auf ein dingliches Recht ist, zugleich damit eine Anwartschaft auf jene Rechte, die aus dem dinglichen Recht eventuell entspringen. Diese Ansicht aber wurde oben abgelehnt. Vielmehr ist mit dem dinglichen Recht der dieses Recht gewährende Tatbestand abgeschlossen und das aus dem dinglichen Recht entstehende weitere Recht hat eine selbständige Norm zur Grundlage, in deren Tatbestand jedoch das dingliche Recht als Tatbestandselement erscheint. Es ist daher die Frage nach einer Anwartschaft auf dieses neue Recht jeweils aus der besonderen Norm heraus zu beantworten.

IV. Aus dem Vorhergehenden läßt sich die Frage beantworten, welche Normen prinzipiell Grundlage von Anwartschaften sein können. Einerseits ist vorausgesetzt das Bestehen einer rechtsgewährenden Norm. Andererseits darf aber das von der Norm abstrakt aufgestellte Recht noch nicht zur konkreten Berechtigung des Anwärters geworden sein. Es muß also zwischen dem Bestehen der rechtsgewährenden Norm und ihrer konkreten Anwendung auf eine Person, die um deswillen subjektiv berechtigt wird, ein zeitlicher Zwischenraum liegen. Dieser ist für die Existenz der Anwartschaft begriffsnotwendig. Dieser Zwischenraum zwischen Bestehen der Norm und dem aus ihr fließenden Recht ist aber nur dann gegeben, wenn die Norm nicht schon sofort mit ihrer Setzung Anwendung findet auf die dadurch berechtigte Person, sondern wenn die konkrete Anwendbarkeit der Norm von der Erfüllung

eines Tatbestandes abhängig gemacht ist. Und zwar müssen die einzelnen Tatbestandselemente successive verwirklicht werden können, im Gegensatz zu einem Simultanakt. Dies ist an Beispielen zu zeigen: Gemäß § 928 Abs. II BGB. steht das Recht zur Aneignung eines aufgegebenen Grundstückes dem Fiskus des Bundesstaates zu, in dessen Gebiet das Grundstück liegt. Dieses Aneignungsrecht entsteht nicht erst, wenn ein Grundstück herrenlos geworden ist, sondern es steht dem Fiskus ohne weiteres zu[1]). Das Recht ist also mit der Setzung der Norm sofort als subjektives Recht existent geworden. Eine Anwartschaft darauf kann daher nicht bestehen. Ähnlich ist es z. B. wenn ein privilegierender Rechtssatz bestimmt, daß mit dem Inkrafttreten dieser privilegierenden Bestimmung ein bisheriges Gemeindegut in das Privateigentum einer bestimmten Person übergeht. Auch hier fehlt der für das Entstehen einer Anwartschaft notwendige Zwischenraum, der zwischen Setzung der Norm und dem Eintritt des Rechts gegeben sein muß[2]). Keine Anwartschaft kann ferner entstehen bei der Okkupation. Hier besteht zwar eine Norm, die den Rechtseintritt von der Erfüllung eines Tatbestandes abhängig macht, jedoch muß sich die Erfüllung des Tatbestandes in einem Simultanakt vollziehen, sodaß auch hier der für die Existenz einer Anwartschaft notwendige Zwischenraum nicht besteht. Aus einem ähnlichen Grunde kann z. B. auch für eine Stiftung keine Anwartschaft auf das ihr vom Stifter im Gründungsgeschäft zugesicherte Vermögen bestehen. Denn gemäß § 82 BGB. gehen mit der Genehmigung der Stiftung, wodurch die Stiftung erst Rechtspersönlichkeit erlangt, alle Rechte, zu deren Übertragung ein Abtretungsvertrag genügt, ipso jure auf die Stiftung über. Soweit der Abtretungsvertrag nicht genügt, erhält die Stiftung sofort einen Anspruch auf formgerechte Übertragung. In beiden Fällen ist sogleich mit Entstehung der Stiftung das Recht gegeben. Für eine Anwartschaft hat daher auch hier der begriffliche Zwischenraum nicht bestanden. In diesem Fall ist zwar die rechtsgewährende Norm schon gegeben, aber es fehlt an einem Subjekt, das Träger der Anwartschaft hätte sein können. Keine Anwartschaft kann ferner aus einer gewohnheitsrechtlichen Norm entstehen, da diese keinen bedingenden Tatbestand enthält, sondern das Recht ohne weiteres gewährt.

Den Gegensatz zu diesen Fällen bilden jene Normen, die das subjektive Recht nicht ohne weiteres gewähren, sondern den Eintritt desselben von verschiedenen Voraussetzungen abhängig machen, die also einer Person erst dann zur Verfügung stehen, wenn diese Person den Tatbestand der Norm verwirklicht hat. So bestimmt

---

[1]) Daß es sich hier um ein Recht handelt im Gegensatz zur allgemeinen Aneignungsmöglichkeit des § 958 BGB. folgt aus der exklusiven Natur.

[2]) Anders ist es bei einem vertraglichen Verzicht, oder wenn das Gesetz beim einseitigen Verzicht schon vorher bestimmt hat, wer bei Abgabe der einseitigen Verzichtserklärung Eigentümer wird. Ein Beispiel, für den letzteren Fall ist der § 1168 BGB., der bestimmt, daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt, wenn der Gläubiger darauf verzichtet.

[3]) Über die Abgrenzung der Gestaltungsrechte gegenüber den Anwartschaften siehe unten § 3 Grenzen der Anwartschaften.

z. B. § 937 BGB.: Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre lang im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum. Das Recht ist hier nicht wie bei den oben angeführten Fällen sofort mit Entstehung der Norm verliehen, sondern es kann frühestens nach zehn Jahren eintreten. Andererseits verleiht diese Norm auch nicht ein Gestaltungsrecht in Form eines Aneignungsrechts, wie es gelegentlich behauptet wird. Es liegt vielmehr ein Zwischenraum zwischen dem Bestehen der Norm und dem aus dieser Norm sich ergebenden Eigentum. Damit ist also die Möglichkeit für die Existenz einer Anwartschaft während dieser Zwischenzeit gegeben. Ebenso erhält der Finder gemäß § 973 BGB. mit Ablauf eines Jahres nach Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde das Eigentum an der Sache. Vor Ablauf dieser Frist hat der Finder dieses Recht noch nicht, er hat auch kein Aneignungsrecht. Es besteht also auch hier der für die Anwartschaft begriffsnotwendige Zwischenraum zwischen Existenz der Norm und ihrer konkreten Anwendung d. h. der Entstehung des Rechts aus dieser Norm. Ähnlich ist es, wenn z. B. eine Vereinssatzung bestimmt, daß jeweils am Ende eines Jahres der erzielte Gewinn verteilt wird, oder wenn die aus einem Vertrag entspringenden Rechte von dem Eintritt einer Bedingung oder von dem Ablauf einer Frist abhängig gemacht werden. Ebenso, wenn der Vertrag auf ein Dauerverhältnis mit wiederkehrenden Leistungen gerichtet ist; oder wenn jemand ein Testament errichtet oder einen Erbvertrag abschließt; ebenso wenn bei einem Vertrag zugunsten Dritter die Leistung erst nach dem Tode des Versprechensempfängers an den Dritten erfolgen soll. In allen diesen Fällen ist die Grundlage für die Existenz der Rechte schon gegeben, nämlich das Bestehen einer rechtsgewährenden Norm. Dagegen ist das von der Norm gewährte Recht noch nicht zur subjektiven Berechtigung der jeweiligen Person geworden, da diese die rechtlichen Tatbestandsmerkmale noch nicht vollständig erfüllt hat.

Eine Zusammenfassung der bisherigen Gesichtspunkte ergibt folgende Erfordernisse für die Grundlagen der Anwartschaften: 1. soll die Anwartschaft überhaupt ein Rechtsbegriff sein, so muß sie als Produkt der Rechtsordnung erscheinen; sie muß eine Rechtsposition im Sinne einer vom objektiven Recht geschaffenen Situation sein und daher ist eine Anwartschaft nur denkbar, wenn sie von einer Rechtsnorm als Rechtsfolge abgeleitet werden kann. 2. Da die Anwartschaft eine „Rechts"-Aussicht ist, muß die ihr zu Grunde liegende Norm eine rechtsgewährende Norm sein. 3. Da ferner die Anwartschaft eine Rechts-„Aussicht" bedeutet, darf das Recht mit Bestehen der Norm noch nicht gewährleistet sein. Dies ist aber nur der Fall, wenn außer dem Bestehen der Norm noch die Erfüllung eines Tatbestandes für die Entstehung des subjektiven Rechts vorausgesetzt ist.

V. Jetzt läßt sich auch die Frage beantworten, aus welchem Teile der Norm die Anwartschaft abgeleitet wird. Wie oben darlegt, können nur jene Normen in Betracht kommen, aus denen sich ein subjektives Recht ergibt und die das Recht von der Erfüllung eines Tatbestandes abhängig machen.

Diese Normen zerfallen also im Bedingungsatz und Rechtsfolge.

1. Nach den bisher aufgestellten Begriffsmerkmalen ist die Anwartschaft eine vom objektiven Recht begründete Vorstufe zur subjektiven Berechtigung. Sie geht also dem subjektiven Recht voran. Es muß sich das subjektive Recht aus der Anwartschaft entwickeln, indem es zeitlich den Abschluß des Entwicklungsganges darstellt, der durch das Stadium der Anwartschaft führt. Daraus ergibt sich, daß die Anwartschaft nur gefunden werden kann auf dem Wege, der zum subjektiven Recht führt. Da aber andererseits die Anwartschaft die Existenz einer Norm voraussetzt, so kann sie nur im Stadium der Tatbestandserfüllung gefunden werden. Und zwar muß sie wieder begrifflich vor dem letzten Tatbestandsmerkmal liegen. Denn mit Erfüllung des letzten Tatbestandsmerkmales tritt an die Stelle der Anwartschaft die Rechtsfolge, die ein Recht oder eine korrespondierende Pflicht enthält. Beispiel: Damit für die beiden Kontrahenten die Rechte aus einem bedingten Vertrag entstehen können, müssen sämtliche Merkmale der Norm, die diese Rechte gewährt, erfüllt sein. Es müssen also zwei Rechtssubjekte vorhanden sein. BGB. §§ 1; 22; 23; 80; diese beiden Rechtssubjekte müssen geschäftsfähig sein, BGB. §§ 2, 104, 106; sie müssen ihren Geschäftswillen richtig erklärt haben, BGB. §§ 116 ff; die Erklärungen müssen zugegangen sein, BGB. § 130; die Erklärungen müssen sich miteinander decken, BGB. §§ 145 ff. Damit ist der Tatbestand des Vertrags erfüllt, aber das Rechtsverhältnis ist noch nicht entstanden. Denn durch die Vereinbarung der Bedingung ist noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal aufgestellt worden, von dessen Erfüllung das Recht abhängig gemacht ist, BGB. § 158. In diesem Beispiel ist also die Anwartschaft zu finden in dem Entwicklungsgang, der vor dem Eintritt des letzten Tatbestandsmerkmales liegt, also vor der Erfüllung der Bedingung. Die Anwartschaft ist also aus dem Bedingungssatz der Norm zu entnehmen, nicht aus der das Recht oder die Pflicht festsetzenden Rechtsfolge.

2. Es erhebt sich nun die Frage, welches die Gesichtspunkte sind, aus denen auf die Existenz einer Anwartschaft geschlossen werden kann. Das Gesetz enthält keine unmittelbaren Hinweise auf das Vorliegen einer Anwartschaft, indem es etwa gewisse Rechtslagen mit diesem Terminus bezeichnet hätte. Doch wie am Anfang dieser Untersuchung dargelegt, verfolgt die juristische Erschließung der Anwartschaften den Zweck die im Wirtschaftsleben so bedeutungsvollen Erwerbsaussichten dem Rechtsverkehr zugänglich zu machen. Dabei können natürlich nur die schutzwürdigen Interessen Beachtung finden. Welche Erwerbsaussichten als schutzwürdig erscheinen, das kann nach verschiedenen Kriterien beurteilt werden. In dieser Untersuchung wird danach abgestellt, ob das Gesetz selbst schon irgendwie solche Erwerbsaussichten berücksichtigt hat. In der Tat ist auch solchen Erwerbsaussichten in der Rechtsordnung auf zweifache Weise Rechnung getragen.

a) Das Gesetz hat in verschiedenen Fällen vor der gänzlichen Tatbestandserfüllung gewisse Schutzvorschriften aufgestellt, die den Rechtseintritt sicher stellen sollen. Diese Schutzvorschriften gelten

nur für das Stadium der Tatbestandserfüllung, nicht etwa auch für das Recht selbst. Andererseits treten diese Schutzvorschriften erst ein, wenn schon ein gewisser Teil des Tatbestandes einer rechtsgewährenden Norm verwirklicht ist, woraus zu entnehmen ist, daß eine Anwartschaft noch nicht besteht, wenn von dem Tatbestand der zu Grunde liegenden Norm noch kein Element erfüllt ist. Diese Schutzvorschriften sind es, die auf das Vorliegen einer Anwartschaft schließen lassen, wenngleich sie, weder mit der Anwartschaft identisch sind, noch für die Existenz einer Anwartschaft begriffsnotwendig vorhanden sein müssen. Der Gesetzgeber hat hier nur besonders dem Erfordernis der Verkehrssicherheit Rechnung getragen und diese Schutzvorschriften finden sich auch hauptsächlich bei der Regelung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs der Parteien untereinander. Es soll eben, wenn jemand einer anderen Person gegenüber einen Geschäftswillen kund gegeben hat, der andere sich darauf verlassen können. Deshalb muß für diese andere Person eine Rechtslage entstehen, kraft deren sie das Recht erwerben kann ohne Rücksicht darauf, ob der Gegner, z. B. der Offerent, nachträglich noch mit seinem Antrag einverstanden ist, oder unabhängig davon, ob der Gegner nachträglich seine Geschäftsfähigkeit verliert, insbesondere ob er stirbt etc. Und diese Rechtslage, die diesen Schutzvorschriften zu Grunde liegt, die ist es, aus der sich das Wesen der Anwartschaft ergibt und aus der der Anwartschaftsbegriff zu konstruieren ist. Das Gesagte möge durch folgende Beispiele beleuchtet werden: Der Geschäftswillen einer Partei wird kundgegeben durch Absendung einer Offerte. Diese hat zur Folge, daß es auf die Willenserklärung ohne Einfluß ist, wenn der Erklärende stirbt oder geschäftsunfähig wird, §§ 130 Abs. II, 153 BGB. Mit zugehen der Offerte ist der Widerruf ausgeschlossen, § 130 Abs. II Satz 2 BGB. Der Antragsteller ist also an den Antrag gebunden, § 145 BGB[1]). Ist nun der Vertragsabschluß beendet, aber das Recht infolge der Bedingung noch nicht eingetreten, so erhält der bedingt Berechtigte gemäß § 160 BGB. einen Schadensersatzanspruch, wenn der andere Teil den Rechtseintritt vereitelt. Ähnlich bestimmt für den Grundbuchverkehr der § 873 BGB., daß die Beteiligten schon vor der Eintragung an die Einigung gebunden sind, wenn die Erklärung gerichtlich oder notariell beurkundet, oder vor dem Grundbuchamt abgegeben, oder bei diesem eingereicht ist oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine Eintragsbewilligung ausgehändigt hat[2]). Ein weiteres Beispiel für die allmähliche Steigerung der rechtlichen Machtstellung des Anwärters findet sich im Frachtrecht in den §§ 433–435 HGB. Durch die Absendung der Ware ist der Verkäufer in das Stadium der Erfüllung eingetreten im Sinne des

[1]) Dieses Beispiel bringt Tuhr Band II S. 20, jedoch sagt er, der Adressat der Offerte habe ein begründetes Gestaltungsrecht, welchem die Bindung des Offerenten entspricht. Dagegen siehe unten § 3.

[2]) Daß hier der Schutz enger gezogen ist, erklärt sich daraus, daß gerade beim Grundstücksverkehr das BGB. bestrebt ist, den Verfügenden vor Übereilung zu schützen. Es tritt deshalb die Bindung erst ein, wenn der Verfügende beim Geschäftsabschluß schon so weit vorgeschritten ist, daß das Verkehrsinteresse des Gegners überwiegt.

§ 929 BGB. und der Empfänger hat damit eine Anwartschaft auf das Eigentum an der abgesandten Ware erhalten. Je mehr sich nun die Ware ihrem Ziele nähert, desto stärker wird die rechtliche Stellung des Empfängers durch besondere Schutzvorschriften ausgestaltet. Während nach der Absendung der Ware der Verkäufer den Frachtführer noch anweisen kann, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger auszuliefern (§ 433 HBG.), entsteht anderseits schon vor der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung für dem Empfänger dem Frachtführer gegenüber das Recht, alle zur Sicherung des Gutes erforderlichen Maßregeln zu ergreifen und dem Frachtführer diesbezügliche Anweisungen zu erteilen. Dieser Schutz ist aber zunächst noch ein geringer, denn bei widersprechenden Anweisungen des Versenders und des Empfängers gehen die des ersteren denen des letzteren vor. Ist dann das Gut am Bestimmungsorte angekommen, so entsteht für den Empfänger das Recht, nunmehr im eigenen Namen ohne Unterschied ob im eigenen oder fremden Interesse vom Frachtführer die Übergabe des Frachtbriefes und die Auslieferung des Gutes, wie auch die Erfüllung aller sonstigen aus dem Frachtvertrag für den Frachtführer begründeten Verbindlichkeiten zu verlangen. Aber auch hier ist der Schutz seiner Position noch kein durchgreifender. Immer noch steht dem Absender das Recht zu, die Ware umzudisponieren oder zurückzuhalten, und gemäß § 435 S. 3 HBG. erlischt das Recht des Empfängers, wenn der Absender dem Frachtführer eine entgegenstehende Anweisung erteilt. Hat aber nach der Ankunft des Gutes der Empfänger den Frachtbrief erhalten oder Klage gemäß § 435 BGB. erhoben, so erlischt damit das Verfügungsrecht des Absenders und die Anwartschaft des Empfängers auf das Eigentum an der Ware ist damit zu einer unentziehbaren geworden. Für diesen Fall besteht noch der besondere Schutz des § 433 Abs. II S. 3, wonach der Frachtführer bei Verletzung seiner Gehorsamspflicht, die jetzt dem Empfänger gegenüber besteht, für das Gut haftbar ist[3]).

Noch rascher steigert sich die Machtstellung des Empfängers, wenn sich der Absender gemäß § 455 HGB. einen Duplikatsfrachtbrief hat ausstellen lassen. Dem Absender steht zwar, solange er das Duplikat in Händen hat, das volle Verfügungsrecht des § 433 HGB. zu, doch ist er in der Ausübung dieses Rechts insofern beschränkt, als er hievon nur unter Vorlegung des Duplikates Gebrauch machen kann. Übersendet er daher das Duplikat dem Empfänger, so erwirbt zwar dieser nicht das Verfügungrecht aber der Absender erleidet die Einbuße desselben gegenüber dem Empfänger und der Eisenbahn. Durch die besondere Schutzvorschrift des § 455 Abs. II HBG. wird also die Anwartschaft des Empfängers schon im Augenblick der Absendung des Duplikates zu einer unentziehbaren[4]) und auch diese ist geschützt durch eine Schadensersatzpflicht, die für die Eisenbahn

[3]) Vgl. besonders Müller-Erzbach, Handelsrecht II, S. 608 f.

[4]) Vgl. Staub, § 455 Anm. 2 und 3; Müller-Erzbach, a. a. O. Cosack, Handelsrecht, § 146, II.

entsteht, wenn sie einer Anweisung des Absenders ohne Vorlegung des Duplikates Folge leistet. Diese Schutzvorschriften sind nicht auf den Geschäftsverkehr unter Lebenden beschränkt. So enthalten z. B. die §§ 2113 ff. BGB. Schutzvorschriften zugunsten des Nacherben etc.[1])

Diese Schutzvorschriften bedeuten eine Intensivierung der Rechtsposition, die Anwartschaft genannt wird. Die Anwartschaft liegt diesen Schutzvorschriften zu Grunde. Da sie aber gewöhnlich nicht erkennbar hervortritt, sind diese Schutzvorschriften geeignet, auf die Existenz einer Anwartschaft schließen zu lassen, Es ist deshalb zu prüfen, welcher Art die Rechtsposition ist, die diesen Schutzvorschriften zu Grunde liegt. Es lassen diese Bestimmungen aber auch einen Schluß dahin ziehen, wann eine Anwartschaft zur Entstehung kommt. Es zeigt sich, daß der vom Gesetz im einzelnen aufgestellte Schutz nur dann aktuell wird, wenn schon ein gewisser Teil des Tatbestandes einer rechtsgewährenden Norm erfüllt ist. Daher ist noch keine Anwartschaft die allgemeine für jedermann bestehende Aussicht, d. h. die Möglichkeit auf Grund der Rechtsordnung durch Tatbestandserfüllung Rechte erwerben zu können.

Daß diese Schutzvorschriften tatsächlich nur für das Stadium der Tatbestandserfüllung gelten, weshalb aus ihnen die Existenz einer Anwartschaft geschlossen wird, ergibt sich daraus, daß sie nicht auch zugleich einen Schutz der subjektiven Rechte darstellen, sondern gegenstandslos werden, wenn das in Aussicht stehende Recht zur subjektiven Berechtigung des Anwärters geworden ist. So sind z. B. die Parteien an einen einmal geschlossenen Vertrag nicht deshalb gebunden, weil der § 145 BGB. eine Gebundenheit mit der Vertragsofferte verbindet. Ebenso wenig tritt eine Schadensersatzpflicht bei einer Rechtsverletzung deshalb ein, weil der § 160 BGB. eine solche für die Verletzung der Anwartschaft ausspricht. Vielmehr sind die Rechte nach eigenen nur für sie geltenden Bestimmungen zu behandeln. Die Schutzvorschriften, die hier für die Auffindung der Anwartschaft verwertet werden, können gegenüber einmal entstandenen Rechten nicht mehr platzgreifen. Daher erscheint auch der Rückschluß aus ihnen auf die zu Grunde liegende Anwartschaft gerechtfertigt.

b) Neben diesen Anhaltspunkten gibt es aber noch andere, die auf das Vorliegen einer Anwartschaft schließen lassen. Es sind das jene Fälle, in denen das Gesetz ein erst zukünftiges Recht jetzt schon irgendwie berücksichtigt, sei es, daß etwa eine noch nicht existente Forderung im Konkurs Beachtung findet, sei es, daß sie zu den Nachlaßverbindlichkeiten gerechnet wird, daß für sie Sicherheit verlangt werden kann etc.[2]). Auch hier ist die Existenz

[1]) Ein typisches Beispiel eines solchen Schutzes des Anwärters aus dem römischen Recht ist die actio Publiciana in rem, jene Eigentumsklage, die der Prätor dem Usukapienten schon vor Vollendung der Usukapion gewährte.

[2]) Das Gesetz enthält nicht nur Bestimmungen darüber, daß eine Verfügung über Anwartschaften möglich sei, sondern es kennt auch Fälle, in denen es eine Verfügung über Anwartschaften ausdrücklich verbietet. Ein Beispiel hiefür ist der § 1 des Gesetzes betr. die Beschlagnahme des Arbeits-

einer Anwartschaft anzunehmen, ja gerade diese Fälle sind es, die durch die Aufstellung des Anwartschaftsbegriffes als Rechtsbegriff eine juristisch-konstruktive Erklärung erfahren sollen[1]).

3. Bisher war nur davon die Rede, daß die Anwartschaft im Stadium der Tatbestands-„Erfüllung" zu suchen ist, daß sie also aus dem Bedingungssatz einer rechtsgewährenden Norm zu entnehmen ist. Hier ist nun auch zu betonen, daß sie nur im Bereich der „Tatbestands"-Erfüllung liegt, im Gegensatz zu den inhaltsgestaltenden Faktoren. Die Anwartschaft hat es nur zu tun mit der Entstehung der Rechte, sie ist deren zeitlicher Vorläufer. Dagegen ist die Anwartschaft vollkommen unabhängig von der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechts. Deshalb sind auch für die Konstruktion des Anwartschaftsbegriffs die inhaltsgestaltenden Elemente auszuschalten. Das ergibt sich auch daraus, daß die Schutzvorschriften, die auf das Vorliegen einer Anwartschaft schließen lassen, selbst dann noch bestehen, wenn der Rechtsinhalt schon festgelegt ist, aber der restliche Tatbestand noch nicht ganz erfüllt ist. Andererseits kommen bei Verletzung eines Rechts unbestimmten Inhaltes nicht die Schutzvorschriften der Anwartschaften zur Geltung, sondern der Schutz der Rechte selbst. Beispiel: Wenn ein befristeter Spezifikationskauf geschlossen wird, bei dem schon vor Eintritt des Termins die Bestimmung der Leistung erfolgt und wenn das künftige Recht irgendwie gestört wird, dann entsteht ein Schadensersatzanspruch aus § 160 BGB. Andererseits wenn ein Wahlschuldverhältnis begründet worden ist und wenn vor Abgabe der Wahlerklärung das Recht zerstört wird, so gelten die Vorschriften der §§ 265, 325 BGB. Es darf also für die Auffindung der Anwartschaft nur der Tatbestand herangezogen werden, nicht sind die inhaltsgestaltenden Elemente verwertbar.

---

oder Dienstlohnes vom 21. Juni 1869: „Die Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar usw.) für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden, darf, sofern dieses Verhältnis die Erwerbstätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, zum Zwecke der Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers erst dann mit Beschlag belegt werden, nachdem die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt und nachdem der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat."

[1]) Betrachtet man die einzelnen Fälle, in denen das Bestehen besonderer rechtlicher Schutzvorschriften auf die Existenz einer Anwartschaft schließen lassen und stellt dann diesen Fällen jene gegenüber, in denen eine Anwartschaft im Gesetz Berücksichtigung findet, so zeigt sich eine Divergenz insofern, als das Bestehen einer Anwartschaft allein vielfach noch nicht genügt, um auch schon im Gesetz berücksichtigt zu werden. Es müssen vielmehr zur Anwartschaft noch andere Umstände hinzutreten, die zwar nicht zum Wesen der Anwartschaft gehören, wohl aber Voraussetzung sind für die Beachtlichkeit der Anwartschaft im Gesetz. Worin im einzelnen diese besonderen Umstände bestehen, das ist erst bei der rechtlichen Behandlung der Anwartschaften darzulegen. Hier möge nur erwähnt sein, daß die Existenz einer Anwartschaft vollkommen unabhängig davon ist, ob das Gesetz irgendwie auf sie Bezug nimmt. Vielmehr ist es eine besondere Frage, ob nicht aus den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen etwa eine analoge Ausdehnung der Berücksichtigung von Anwartschaften möglich ist, selbst wenn sie im Gesetz nicht ausgesprochen wird.

VI. Versucht man aus den bisher angeführten Begriffsbestimmungen die Anwartschaft zu konstruieren, so sind es hauptsächlich folgende Gesichtspunkte, die dabei zu berücksichtigen sind: Die Anwartschaft ist im Gegensatz zur juristischen Tatsache ein Produkt der Rechtsordnung. Sie erscheint somit als Rechtsfolge. Insofern ist sie scharf zu trennen von der psychologischen Rechtsaussicht, die etwas außerrechtliches ist und niemals einen Rechtsbegriff bilden kann. Die Rechtsfolge aber, die als Anwartschaft bezeichnet wird, darf nicht zusammenfallen mit der Rechtsfolge, aus der sich das subjektive Recht ergibt, sondern sie muß noch im Stadium der Tatbestandserfüllung liegen. Die Anwartschaft kann daher nur als Zwischenrechtsfolge[1]) innerhalb des Tatbestandes erscheinen. Doch diese Zwischenrechtsfolge kommt in den einzelnen Normen nicht zum Ausdruck. Ihre Existenz ergibt sich indes daraus, daß das Gesetz in verschiedenen Fällen die Anwartschaft als einen selbständig bestehenden Rechtsbegriff behandelt, im Gegensatz zur allgemeinen für jedermann bestehenden Möglichkeit, auf Grund der Rechtsordnung Rechte erwerben zu können. Das ist der Fall, wenn die Anwartschaft im Konkurs oder in der ZPO. berücksichtigt wird. Ferner tritt die Anwartschaft als Rechtsbegriff in Erscheinung, wenn das Gesetz in § 160 BGB. demjenigen einen Schadensersatzanspruch verleiht, der „unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt" ist, wenn während der Schwebezeit der Bedingung das in Aussicht stehende Recht beeinträchtigt wird. Denn hier ist es die Anwartschaft, die vom Störer verletzt wird, also die Rechtsfolge, die sich an die Erfüllung eines Teiles der Tatbestandselemente knüpft[2]). Besonders deutlich aber zeigt sich die Anwartschaft als eine selbständige Rechtsfolge bei der im Gesetz anerkannten Übertragbarkeit, Pfändbarkeit oder Belastungsfähigkeit künftiger Forderungen[3]).

[1]) Die Konstruktion einer Zwischenrechtsfolge innerhalb des Tatbestandes einer Rechtsnorm findet sich auch bei Tuhr I S. 173 Ziff. 4: „Besonders wichtig, aber wenig beachtet, ist das Aneignungsrecht, welches als rechtliches Zwischenprodukt im Verlauf des Traditionsgeschäftes entsteht." Ähnlich S. 176 Ziff. 5: „Wie bei Mobilien, so entsteht auch bei Grundsücken im Verlauf der Eigentumübertragung ein Zwischenstadium, in welchem die Rechtsstellung des Erwerbers den Charakter einer Aneignungsbefugnis hat". Was jedoch Tuhr hier als Aneignungsrecht bezeichnet, das ist nur eine Anwartschaft.

[2]) Dem Gesagten steht es nicht entgegen, daß der Schadenersatzanspruch des § 160 erst existent wird, wenn die Bedingung tatsächlich eintritt. Denn ob die Anwartschaft verletzt worden ist, das zeigt sich erst im Falle des Eintrittes der Bedingung.

[3]) Vgl. Motive I S. 256; Prot. I S. 181. Eine Zusammenstellung der einzelnen Meinungen findet sich bei Süß, Übertragung künftiger Ansprüche, Einleitung S. VIII.

Auch das römische Recht, namentlich das Erbrecht kannte typische Fälle, in denen unfertige Rechte auf andere Personen übergingen. Das galt z. B. von dem Erben, dem die Erbschaft bereits deferiert war, der sie aber noch nicht angetreten hatte. Während der heres necessarius mit dem Erbfall die hereditas ipso jure erwarb, bedurfte der heres voluntarius nach der Delation noch einer eigenen Antretungshandlung. Mit der Delation erwarb der Erbe eine Anwartschaft auf die Erbschaft. Sofern nun der Erbe ein heres legitimus war, konnte er nach Zwölftafelrecht ante aditam hereditatem anstatt die Antretungshandlung vorzunehmen durch in jure cessio einen anderen zum Erben

Diese Erfordernisse führen dazu, in der Anwartschaft eine Rechtfolge zu erblicken, deren Inhalt darin besteht, daß eine bestimmte Person, nämlich der Anwärter, zu dem aus der zugrundeliegenden Norm sich ergebenden Recht in einer Beziehung steht, kraft deren er bei Hinzukommen der restlichen Tatbestandelemente das von der Norm abstrakt aufgestellte Recht als subjektive Berechtigung geltend machen kann, also das subjektive Recht erwirbt. Setzt man nun die im Abschnitt I § 1 aufgestellte Konstruktion des Begriffes subjektives Recht, wonach ein subjektives Recht dann besteht, wenn eine rechtsgewährende Norm in concreto Anwendung findet auf eine bestimmte Person — wonach also subjektives Recht jene Beziehung des Berechtigten zu der rechtsgewährenden Norm darstellt, kraft deren der Berechtigte die in dieser Norm abstrakt ausgesprochene Rechtsfolge für sich geltend machen kann —, in der dargestellten Konstruktion des Anwartschaftsbegriffs ein, so ergibt sich folgendes Resultat: Anwartschaft ist jene Beziehung des Anwärters zu einer rechtsgewährenden Norm, kraft deren diese Norm bei Erfüllung der restlichen Tatbestandselemente auf den Anwärter Anwendung findet, sodaß er die von der Norm abstrakt ausgesprochene Befugnis für sich in concreto geltend machen kann[1]). Insofern hat die Anwartschaft nicht die Bedeutung von etwas Zukünftigem, sondern sie ist

---

machen. So Gaius II, § 35: „Proinde fit heres is, cui in jure cesserit ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset".

Ein anderer Fall des Übergangs einer erbrechtlichen Anwartschaft war die sog. Transmissio Theodosiana und Justiniana. Zwar wiederholt noch Justinian in C 6, 51, 5 den Grundsatz des klassischen Rechts: „Hereditatem etenim nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur," verwies aber an dieser Stelle auf die lex Theodosiana (C 6, 51, 1) welche die Descendententransmission gestattete und in C 6, 30, 19 bestimmte Justinian allgemein: „Cum antiquoribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus filios familias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi persona praecipua sunt: eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam. Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa." Es geht also die auf der Delation beruhende Anwartschaft des Erben, wenn er vor der Annahme stirbt, auf eine andere Person über, so daß diese nunmehr die Erbschaft durch aditio erlangt. Vgl. Sohm, Inst. S. 613.

Über die Pfändbarkeit und Übertragbarkeit der Anwartschaft auf ein aufschiebend bedingtes Erbschaftsvermächtnis (Universalfideikommiß) während schwebender Bedingung für das gemeine Recht vgl. RG. E Bd. 67 S. 425 ff. und Bd. 8. S. 189 ff.

[1]) Diese Konstruktion der Anwartschaft als konkrete Rechtsbeziehung des Anwärters zu dem bevorstehenden subjektiven Recht findet sich auch in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 67 S. 425 ff., wenn dort gesagt wird: „Nunmehr ist nicht nur die letztwillige Verfügung endgültig und unwiderruflich, sondern sie tritt auch jetzt nach außen in Kraft und Wirksamkeit, und damit ist die bis dahin fehlende Beziehung des Bedachten zum Nachlaß geschaffen, die von der bloßen Erwerbshoffnung oder -Aussicht zur rechtlich gesicherten Anwartschaft führende Brücke geschlagen." Vgl. jedoch unten Seite 62, Note 1 und Seite 63, Note 1.

etwas gegenwärtig Bestehendes, etwas jetzt schon Existentes[1]). Die Anwartschaft bedeutet nicht nur, daß ein subjektives Recht eintreten wird, daß also eine rechtsgewährende Norm Anwendung finden wird, sondern Anwartschaft bedeutet eine jetzt schon bestehende Beziehung des Anwärters zu der rechtsgewährenden Norm. Diese Beziehung äußert sich in zweifacher Hinsicht:

1. Sie zeigt einerseits eine gewisse Unabhängigkeit gegenüber den schon erfüllten Tatbestandsmerkmalen; sie kann nämlich auf einen anderen übertragen werden, wodurch der Erwerber in diese Beziehung zu dem in Aussicht stehenden Recht tritt, obgleich er die Tatbestandsmerkmale, die als Voraussetzung dieser Beziehung erscheinen, gar nicht erfüllt hat. Diese Beziehung ist also nicht fest verbunden mit der Person, durch deren Tatbestandserfüllung sie geschaffen wurde[2]). Die Unabhängigkeit wird sogar teilweise

---

Noch deutlicher kommt diese Auffassung, daß das Wesen der Anwartschaft eine rechtliche Beziehung sei und daß gerade diese Beziehung den Gegenstand der Verfügung über die Anwartschaft bilde, zum Ausdruck in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 101 S. 189: „Der Übertragbarkeit der Anwartschaft (des Nacherben) steht hier die Tatsache der Unübertragbarkeit des Vollrechts nicht hindernd entgegen. Denn die rechtliche Unmöglichkeit, die Erbschaft im Ganzen zu übertragen beruht nicht darauf, daß der Gegenstand des Rechts dem freien Verkehr entzogen ist, sondern lediglich darauf, daß nach der im geltenden Rechte durchgeführten Rechtskonstruktion die rechtliche Herrschaft über einen Vermögensbegriff stets als eine solche über die einzelnen zu diesen Inbegriff gehörigen Gegenstände vorzustellen ist, und daß daher auch Verfügungen über einen Vermögensinbegriff nur immer in der Form einer Verfügung über die einzelnen Gegenstände erfolgen kann ..... Derartige auf rechtskonstruktivem Gebiete liegende Bedenken ergeben sich für die Übertragbarkeit der Anwartschaft des Nacherben nicht. Denn Gegenstand dieses Rechts bildet nicht ein in der Hand des Nacherben befindlicher Vermögensinbegriff, sondern eine Beziehung zu einem in fremder Hand befindlichen Vermögen, die vom Gesetz als ein eigenartiges subjektives Recht ausgestattet ist und daher in Ansehung seiner Übertragbarkeit den allgemeinen Grundsätzen des § 413 BGB. unterworfen bleibt." Dem Reichsgericht ist jedoch insoweit nicht zuzustimmen, als es die Anwartschaft als Rechtsbeziehung zum Vermögensinbegriff erfaßt. Sie ist vielmehr eine Beziehung zu den einzelnen subjektiven Rechten, die unter dem Begriff Vermögen zusammengefaßt werden. Es ist somit die Rechtskonstruktion, wonach die rechtliche Herrschaft über einen Vermögensinbegriff als eine solche über die einzelnen zugehörigen Gegenstände vorzustellen ist, auch bei der Anwartschaft auf einen Vermögensinbegriff durchgeführt. Auch sie erscheint als eine Summe einzelner auf die einzelnen subjektiven Rechte gerichteter Anwartschaften. Wegen der Schwierigkeit, die sich in diesem Falle der Übertragung entgegenstellt, ist zu verweisen auf die Darstellung der praktischen Behandlung der Anwartschaft.

[1]) Deshalb ist der Kauf einer bestehenden Anwartschaft kein „Hoffnungskauf".

[2]) Damit ist aber nicht gesagt, daß die Anwartschaft nur dann bestünde, wenn sie im einzelnen übertragen werden kann. Es gibt auch Anwartschaften, die nicht übertragbar sind. Maßgebend ist vielmehr, daß die Rechtsbeziehung, die als Anwartschaft bezeichnet wird, prinzipiell unabhängig von der Person ist, durch deren Tatbestandserfüllung sie entstanden ist. Das Kriterium liegt also in der Unabhängigkeit, nicht in der Übertragbarkeit, für die diese Unabhängigeit eine Voraussetzung bildet. Es ist klar, daß bei Fehlen dieser Unabhängigkeit eine Übertragbarkeit nicht gegeben sein kann. Deshalb ist es m. E. nicht richtig zu sagen, daß ein Recht auch dann schon mit dinglicher Wirkung übertragen werden könne, wenn noch nicht einmal eine Anwartschaft

noch gesteigert durch die besonderen Schutzvorschriften, die das Gesetz zu Gunsten dieser Beziehung des Anwärters zu dem bevorstehenden Recht kasuistisch aufstellt. So ist z. B. die Anwartschaft, die durch eine Vertragsofferte begründet worden ist, in ihrem Bestand auch noch unabhängig davon, daß nachträglich ein Tatbestandsmerkmal, durch das sie begründet wurde, wieder wegfällt; sei es, daß etwa der Offerent stirbt oder geschäftsunfähig wird gemäß § 130 Abs. II BGB.: sei es, daß er seine Offerte wieder zurückzieht gemäß § 145 BGB. Ebenso ist die Anwartschaft auf ein Grundstück, die begründet worden ist durch Aushändigung der Eintragsbewilligung an das Grundbuchamt, in ihrem Bestand unabhängig davon, daß die Bewilligung nachträglich einseitig widerrufen wird gemäß § 873 Abs. II BGB. In diesen Fällen tritt kraft dieser Beziehung, die Anwartschaft genannt wird, das in Aussicht stehende Recht ein, wenn zu dem Bestehen der Anwartschaft noch die fehlenden Tatbestandselemente hinzutreten, also die Vertragsannahmen oder die Eintragung im Grundbuch, und zwar tritt das Recht ein auf Grund des Bestehens der Anwartschaft, dagegen unabhängig davon, daß nachträglich ein Teil der Tatbestandserfordernisse wieder weggefallen ist[1]).

2. Die zweite Art, in der sich diese Beziehung des Anwärters zu dem in Aussicht stehenden Recht äußert, besteht darin, daß gerade derjenige bei Erfüllung des restlichen Tatbestandes das durch die Norm abstrakt zum Ausdruck gebrachte Recht als subjektives Recht erwirbt, der Träger der Anwartschaft ist. Das Recht fällt also stets nur demjenigen zu, der jeweils Träger der Anwartschaft in dem Zeitpunkt ist, in dem das letzte Tatbestandsmerkmal verwirklicht wird. Wird daher die Anwartschaft übertragen, so erfolgt der Rechtserwerb bei derjenigen Person, die zurzeit der letzten Tatbestandserfüllung als Anwärter erscheint. Nicht erhält das Recht etwa diejenige Person, die den der Anwartschaft zu Grunde liegenden Tatbestand erfüllt hat.

---

darauf besteht. Dies ist jedoch erst bei der Behandlung der Anwartschaft näher darzulegen. Dagegen ist umgekehrt aus der Unübertragbarkeit nicht zu folgern, daß deshalb auch diese Unabhängigkeit nicht bestünde. Es wird sich nämlich bei der rechtlichen Behandlung der Anwartschaften zeigen, daß außer dieser Unabhängigkeit noch andere Momente gegeben sein müssen, damit eine Anwartschaft Objekt einer Verfügung sein kann und daß nur diese Momente fehlen, wenn über eine bestehende Anwartschaft im Einzelfall nicht verfügt werden kann.

[1]) Ein schönes Beispiel für die Wirkung der Anwartschaft ist die römisch-rechtliche successio in usu-capionem (l. 2, § 19 D. 41, 4): „si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse". Nach dem römischen Prinzip, daß mala fides superveniens non nocet, kann der Erbe sowohl die Besitzzeit, als auch die bona fides seines Erblassers sich anrechnen, sodaß er die Ersitzung trotz eigener mala fides vollenden kann. (Sohm, Inst. § 53 Note 8). Hier sind die beiden Wirkungen, in der sich jene als Anwartschaft bezeichnete Beziehung des Anwärters zu der rechtsgewährenden Norm äußert, in einem Falle vereint. Einerseits ist jene Beziehung, die zunächst zwischen dem Erblasser und jener Ersitzungsnorm bestanden hat, übergegangen auf den Erben, andererseits bleibt diese vom Erben erworbene Beziehung bestehen, obwohl das ursprünglich erfüllt gewesene Erfordernis der bona fides bei ihm nicht mehr zutrifft.

Das juristische Wesen der Anwartschaft ist also eine vom Recht geschaffene Beziehung des Anwärters zu dem in Aussicht stehenden Recht, wonach das Recht als subjektives Recht dem Anwärter gerade kraft seiner Anwartschaft zufällt, falls die letzten Tatbestandsmerkmale erfüllt werden[1]). Und nach unten hin, also gegen den schon erfüllten Tatbestand weist diese Beziehung eine gewisse Unabhängigkeit auf, sei es allgemein, daß sie von der Person, die die Vorbedingung für diese Rechtsbeziehung gesetzt hat, losgelöst werden kann; sei es, daß sie in besonderem Maß noch unabhängig von dem nachträglichen Wegfall bestimmter Tatbestandselemente gemacht ist, die die Begründung der Anwartschaft zur Folge hatten. Diese Rechtsbeziehung des Anwärters äußert sich aber gewöhnlich nicht. Sie tritt insbesondere dann nicht in Erscheinung, wenn der gesamte Tatbestand in ununterbrochener Reihe sich in einer einzelnen Person vollzieht[2]).

Es gibt auch abgesehen von den besonderen Schutzvorschriften der §§ 130 Abs. II; 145; 160; 943; 944 etc. gar keine gesetzliche Bestimmung, von der diese besondere Beziehung des Anwärters zu dem in Aussicht stehenden Recht abgeleitet werden könnte. Dennoch

---

[1]) Der Tatbestand muß nicht immer von demjenigen persönlich erfüllt werden, der das Recht erhält. Vielmehr kennt das Gesetz viele Fälle, in denen eine Person einen bestimmten Tatbestand erfüllt, während für eine andere Person dadurch das Recht entsteht, z. B. beim Vertrag zu Gunsten Dritter. Wenn nun oben von der Tatbestandserfüllung des Anwärters gesprochen wird, so ist damit nicht gemeint, daß der Anwärter durch seine persönliche Handlung die einzelnen Tatbestandmerkmale erfüllt haben muß, vielmehr sind darunter auch diejenigen Fälle zu verstehen, in denen ein anderer gewisse Tatbestandsmerkmale verwirklicht, während die Rechtsfolge dieser Tatbestandserfüllung in der Person des Anwärters eintritt. Der Einfachheit halber möge auch hier von einer Tatbestandserfüllung des Anwärters gesprochen werden. Gemeint ist aber damit immer nur, daß die Tatbestandserfüllung für die Person des Anwärters Bedeutung erlangt. Eine andere Frage ist die folgende: Es kann z. B. sein, daß die Entstehung eines Rechts von einer condicio si voluro abhängig gemacht ist, die der Abwärter zu erfüllen hätte, wie etwa beim Kauf auf Probe. Wenn nun die bedingte Forderung, d. h. die damit gegebene Anwartschaft, auf einen anderen übertragen wird, sodaß dieser die Forderung aus dem Kaufverhältnis erwirkt, so können Zweifel darüber entstehen, ob nun auch die Bestätigung des Kaufes von dem neuen Anwärter vorzunehmen ist oder ob sie noch von dem ursprünglichen Kontrahenten erklärt werden muß. Diese Frage ist jedoch der rechtlichen Behandlung der Anwartschaften vorbehalten und braucht in diesem Zusammenhang nicht untersucht zu werden.

[2]) So tritt z. B. bei der Ersitzung einer beweglichen Sache nach § 937 BGB. oder bei der Tabularersitzung des § 900 BGB. die Anwartschaft des Ersitzenden, die während des Ablaufes der zehn- oder dreißigjährigen Frist besteht, nicht erkennbar hervor. Dagegen zeigt sich diese als Anwartschaft bezeichnete Beziehung bei vorübergehendem Verlust des Eigenbesitzes laut § 940 Abs. II BGB., insbesondere aber im Falle der Rechtsnachfolge gemäß § 943 BGB., wonach die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Zeit dem Dritten zustatten kommt. Ebenso wird laut § 944 BGB. die Ersitzungsfrist des Erbschaftsbesitzers dem Erben zugerechnet. Für die Tabularersitzung gilt das Entsprechende gemäß § 900 Satz 2 BGB. In den Fällen der Rechtsnachfolge tritt also der Rechtsnachfolger in die Beziehung des Vorgängers ein, die durch die teilweise Tatbestandserfüllung des Vorgängers begründet worden ist und der Nachfolger erhält das Recht als nunmehriges Subjekt dieser Beziehung.

ist diese Beziehung vorhanden. So sind z. B. die Eventualforderungen, die Reflexforderungen, die künftigen Raten einer Leibrente etc. nicht mit diesem speziellen Schutz versehen, wie etwa die oben angeführten Fälle. Aber sie finden im Gesetz Berücksichtigung, obwohl die Rechte noch nicht entstanden sind. Sie sind also z. B. von Bedeutung im Konkurs, sie können übertragen werden, es kann an ihnen schon ein Pfandrecht bestellt werden etc. Aus diesen Stellen ergibt sich ohne Zweifel die Existenz einer Anwartschaft. Zugleich ist aber auch daraus zu entnehmen, daß ein spezieller Schutz für das Bestehen einer Anwartschaft nicht notwendig ist. Die Anwartschaft ist insbesondere nicht identisch mit diesen Schutzvorschriften, wie es gelegentlich behauptet wird. So wird insbesondere die Frage, was denn während des Schwebens der Bedingung bestehe, nachdem eine bedingte Forderung noch kein existentes Recht sei, mit dem Bestehen der Gebundenheit beantwortet. So statt aller Windscheid Pand. I § 89 Note 13a. Aber diese Gebundenheit ist nicht die Anwartschaft, sondern sie ist nur ein besonderer Schutz derselben. Die Anwartschaft erschöpft sich lediglich in dieser Beziehung zu dem in Aussicht stehenden Recht, wonach der Anwärter auf Grund seiner Anwartschaft das Recht erwirbt, wenn das noch ausstehende Tatbestandselement der Bedingung eintritt. Diese Unabhängigkeit der Anwartschaft von der Person, in der sie durch Tatbestandserfüllung originär entstanden ist, ist nicht etwa eine Erscheinung, die nur durch besondere im Einzelfall aufgestellte Schutzvorschriften begründet wäre, sondern sie liegt im Wesen der Anwartschaft, auch wenn sie nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen ist. Das zeigt sich deutlich bei der Übertragbarkeit der bedingten Forderungen, der Eventualforderungen, der Reflexforderungen, der Regreßforderungen, die von der weitaus herrschenden Lehre und der Rechtsprechung anerkannt ist. Wenn hier der Zessionar das entstehende Recht erwirbt, so erwirkt er es, obgleich sich in seiner Person der Begründungstatbestand nicht vollständig vollzogen hat. Er erwirbt das Recht als derzeitiger Träger der Anwartschaft, die für ihn eine derivative ist. Es folgt also daraus, daß diese Selbständigkeit der Anwartschaft nicht etwa im Einzelfall durch besondere gesetzliche Bestimmung geschaffen zu werden braucht, sondern daß sie im Wesen der Anwartschaft selbst als Rechtsbegriff begründet liegt.

Will man aber erklären, in wiefern die Anwartschaft trotz Mangel jeglicher allgemeiner Bestimmung, aus der sich die hier aufgestellten Begriffsmerkmale der Anwartschaft ergäben, ein Rechtsbegriff ist, so kann das nur durch die Annahme geschehen, daß innerhalb des Tatbestandes einer rechtsgewährenden Norm implicite eine Zwischenzäsur liegt, die den Tatbestand dieser rechtsgewährenden Norm in zwei Teile zerlegt. Auf der einen Seite sind jene Tatbestandsstücke, die verwirklicht sein müssen, damit eine Anwartschaft zur Entstehung kommt, während sich auf der anderen Seite jene Tatbestandselemente befinden, die zur Anwartschaft noch hinzutreten müssen, damit aus der Anwartschaft plus diesem weiteren Erfordernis das Recht entsteht. Es ist also innerhalb des Tatbestandes

eine Zwischenrechtsfolge enthalten, die diese Beziehung des Anwärters zu dem bevorstehenden Recht mit ihrer besonderen hier dargelegten Struktur zum Inhalt hat. Und wenn das Gesetz einzelne Schutzvorschriften besonders für den Anwartschaftsbereich aufstellt, so ist das lediglich eine Intensivierung dieser Beziehung, z. B. die Schaffung einer größeren Unabhängigkeit[1]). Während nämlich allgemein die Unabhängigkeit der Anwartschaft sich darauf beschränkt, daß die Rechtsbeziehung nicht notwendig mit der Person verbunden ist, in der sich der Tatbestand als Voraussetzung dieser Anwartschaft vollzogen hat, wird durch die besondere Schutzvorschrift die Unabhängigkeit noch insofern erweitert, daß der nachträgliche Wegfall eines schon erfüllt gewesenen Tatbestandselementes der Anwartschaft nicht mehr schadet.

Es ist nun zu beachten, daß die Verwirklichung derjenigen Tatbestandselemente, die noch zur Anwartschaft hinzutreten müssen, damit das Recht entsteht, nicht etwa eine Realisierung der Anwartschaft bedeutet. Die Anwartschaft ist nicht eine Befugnis, sondern lediglich eine Beziehung des Anwärters zu der rechtsgewährenden Norm. Die Anwartschaft befugt als solche zu gar nichts. Die noch ausstehenden Tatbestandsmerkmale sind nach wie vor nur juristische Tatsachen. Ihre Verwirklichung ist nicht etwa die Geltendmachung einer Rechtsmacht, die durch die Anwartschaft gewährt würde, sondern eine rein faktische Möglichkeit[2]).

Es ist noch die Frage zu prüfen, wie sich die Anwartschaft in dem hier konstruierten Sinn unterscheidet von der allgemeinen Rechtsaussicht, die jedermann zusteht; d. h. von der für jedermann bestehenden Möglichkeit, auf Grund der Rechtsordnung durch Tatbestandserfüllung Rechte erwerben zu können. Dabei zeigt sich eine wesentliche Verschiedenheit. Die Möglichkeit, durch Tatbestandserfüllung Rechte erwerben zu können, ist etwas Generelles, sie ist nicht eine von einer Rechtsnorm speziell einer bestimmten Person

[1]) In diesen Fällen ist also die Anwartschaft nur besonders geschützt worden, nicht erst wird sie durch diese Schutzvorschriften geschaffen. Diese Schutzvorschriften sind somit nicht wesentlicher Bestandteil des Anwartschaftsbegriffes, sie sind vielmehr nur mit Rücksicht auf das besondere Bedürfnis der Verkehrssicherheit besonderen Fällen von Anwartschaften beigelegt. Tatsächlich finden sich auch diese Schutzvorschriften gerade bei den Anwartschaften, die im rechtsgeschäftlichen Verkehr der beiden Parteien untereinander begründet werden. Aus diesem Grunde ist es auch nicht zulässig, den Gedanken der Rechtssicherheit als Voraussetzung für die Existenz einer Anwartschaft zu verwerten. Eine andere Frage ist die, ob nicht dieser spezielle Schutz, der sich bei dieser Gruppe von Anwartschaften findet, etwa auf ähnliche Fälle analog ausgedehnt werden darf; z. B. ob ein Antragsteller, der durch seine Offerte gebunden ist, durch Schädigung des Vertragsgegenstandes sich nach § 160 BGB. ersatzpflichtig machen kann. Vgl. Tuhr, I, S. 183, Anm. 8.

[2]) Bisher wurde fast durchweg das Wesen dieser Zwischenrechtsfolge als Gestaltungsrecht aufgefaßt. Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Beil. III, der von Erwerbsberechtigungen spricht; derselbe B. R. I, § 75 Ziff. 4; Kohler, B. R. II, 2, § 120, der zwar von Anwartschaften spricht, jedoch damit verschiedene Arten von Gestaltungsrechten bezeichnet. Besonders aber Tuhr, I, S. 180; II, S. 20; I, § 8, Ziff. 4a, b und Ziff. 5. Dagegen vgl. besonders unten § 3 die Grenzen der Anwartschaften.

verliehene Möglichkeit, sondern sie ergibt sich objektiv aus dem Bestehen der Rechtsordnung. Die Anwartschaft dagegen ist eine Rechtsbeziehung, die speziell in concreto dem Anwärter kraft einer besonderen Rechtsnorm zusteht. Sie kann der Verfügung desselben unterliegen und wenn sie einmal begründet, ist ihr Bestand unabhängig davon, daß der jeweilige Träger dieser Beziehung auch jeweils die einzelnen Tatbestandsmerkmale erfüllt hat, von deren Verwirklichung die Entstehung dieser konkreten Beziehung abhängt. Die Zwischenzäsur innerhalb des Tatbestandes, die die Anwartschaft als Rechtsbegriff erscheinen läßt, hat somit zur Folge, daß die Anwartschaft originär nur für diejenige Person entstehen kann, die die erforderliche Zahl der Tatbestandselemente erfüllt hat, während das von der Norm abstrakt ausgesprochene Recht originär zum subjektiven Recht derjenigen Person wird, die bei der Verwirklichung des letzten Tatbestandselementes Träger der Anwartschaft ist. Das Recht entsteht somit originär in dieser Person, unabhängig davon, ob auch die Anwartschaft des Anwärters eine originäre ist, oder ob sie von einem anderen Anwärter auf ihn übertragen worden ist; d. h. ob der Tatbestand, der die Anwartschaft begründet, von dieser oder einer anderen Person verwirklicht worden ist[1]).

Diese Konstruktion des Anwartschaftsbegriffs läßt die Anwartschaft als etwas Spezifisch-Juristisches, als einen Rechtsbegriff erscheinen. Sie ist insbesondere losgetrennt von jeder psychologischen Rechtsaussicht, von der sich die bisher aufgestellten Anwartschaftsbegriffe nicht losreißen konnten.

Es wurde wiederholt davon gesprochen, daß die Existenz der Anwartschaft, dieser vom Recht geschaffenen Relation zwischen dem Anwärter und der zu Grunde liegenden rechtsgewährenden Norm, abhängig ist von der Erfüllung verschiedener Tatbestandselemente, nämlich von der Verwirklichung jener Merkmale, die vor der Zwischenzäsur liegen, durch die innerhalb des Tatbestandes der Norm die Anwartschaft zum Ausdruck kommt. Es ist nun zu untersuchen, wo diese Zäsur vorzunehmen ist; d. h. wie viele Merkmale erfüllt sein müssen, damit die Anwartschaft gegeben ist. Welche Anhaltspunkte für die Prüfung dieser Frage in Betracht kommen, das ergibt sich aus dem oben Gesagten. Das Gesetz läßt in verschiedenen Fällen mit der teilweisen Verwirklichung des Tatbestandes einen gewissen rechtlichen Schutz eintreten. Durch diesen Schutz wird die Beziehung des Anwärters zu dem bevorstehenden Recht intensiviert. Daher liegt jedenfalls in diesen Fällen eine Anwartschaft zu Grunde. Ferner weisen auf die Existenz einer Anwartschaft, wie gesagt, auch jene Fälle hin, in denen ein sogenanntes künftiges

[1]) Gewöhnlich wird die Anwartschaft als besonders qualifizierte Rechtsaussicht im Gegensatz zu der für jedermann bestehenden rein faktischen Aussicht auf Rechtserwerb gegenübergestellt. Und die Grenze, die zwischen diesen beiden Arten bestehen soll, wird teils von dem besonderen rechtlichen Schutz, teils von der Intensivität der Aussicht, insbesondere aber von der Unentziehbarkeit der Rechtsaussicht abhängig gemacht. Vgl. Tuhr, I, § 9; Radke, S. 9; etc. Dieser Gegensatz ist aber logisch unmöglich. Er beweist nur, daß die Anwartschaft bisher nicht als ein Rechtsbegriff aufgefaßt wurde, sondern immer mit der rein psychologischen Rechtsaussicht verwechselt wurde.

Recht im Gesetz Berücksichtigung findet. Die einzelnen Bestimmungen sind im Gesetz kasuistisch aufgezählt. Als Beispiele hierfür lassen sich etwa anführen: BGB. §§ 130 Abs. II; 145; 153; 160; 161; 162; 185 Abs. 2; 331 Abs. II; 573; 765 Abs. II; 900 Satz 2; 940 Abs. II; 943; 944; 1113 Abs. II; 1204; 2113ff; 2179; ZPO. §§ 257, 258, 259, 810, 832, 844, 857; KO. §§ 65, 67, 128, 154, 168 Ziff. 2; ZVG. § 9 Ziff. 2 etc. Es gilt ein Prinzip daraus zu finden, wieviele Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen, damit eine Anwartschaft entsteht. Wie diese Grenze zu ziehen ist, das soll im nächsten Paragraphen dargestellt werden.

§ 2. Erfordernis der Tatbestandserfüllung.

Prüft man die einzelnen Fälle, die auf das Bestehen einer Anwartschaft hinweisen, so ergibt sich, daß die einzelnen Schutzvorschriften, denen eine Anwartschaft zugrunde liegt, nur dann platzgreifen, wenn schon ein Teil von jenen Tatbestandsmerkmalen erfüllt ist, mit deren vollständiger Verwirklichung schließlich der Rechtserwerb verbunden ist. Damit z. B. durch Tod oder nachträglich eintretende Geschäftsunfähigkeit eine Willenserklärung nicht mehr unwirksam wird, muß sie wenigstens abgegeben worden sein, wenn sie auch dem Gegner noch nicht zugegangen zu sein braucht. Ebenso muß bereits die Schließung eines Vertrages angeboten worden sein, damit zugunsten des Antragsgegners der Offerent gebunden ist. Nicht genügt etwa eine bloße Vorbesprechung oder die Aufforderung zu einer Offerte. Desgleichen muß ein bedingter Vertrag geschlossen oder eine bedingte Verfügung vorgenommen worden sein, damit der Schutz der §§ 160, 161 BGB. platzgreift. Es muß also der Anwärter sozusagen schon ein Stück auf dem Weg, der schließlich zum subjektiven Recht führt, vorgeschritten sein, damit jene spezielle Rechtsbeziehung entsteht, die Anwartschaft genannt wird.

I. Sucht man aus den einzelnen Voraussetzungen, von denen die Existenz einer Anwartschaft abhängt, ein gemeinsames Kriterium zu finden, so kommen zunächst folgende Möglichkeiten in Betracht:

1. Man könnte geneigt sein, die Grenze darin zu erblicken, daß objektiv der Rechtserwerb wahrscheinlich erscheint. Eine Anwartschaft würde also erst dann gegeben sein, wenn die Tatbestandserfüllung so weit vorgeschritten ist, daß der Rechtserwerb mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Man müßte sozusagen mit der Erfüllung der noch ausstehenden Tatbestandsmerkmale rechnen können. Ein solches Prinzip entspricht aber nicht den gesetzlichen Vorschriften[1]). Zwar ist ein Rechtsgeschäft, das von

[1]) Tuhr I S. 182 läßt den Grad der Sicherheit dafür entscheidend sein, ob die Anwartschaft als subjektives Recht oder als bloß tatsächliche Erwartung aufzufassen sei. „Bei überwiegender Unsicherheit der Erwerbsaussicht verliert die Anwartschaft den rechtlichen Charakter und erscheint als tatsächliche Erwartung."

Radke S. 9 unterscheidet faktische und rechtliche Anwartschaften und „bei dieser Zerlegung ist ausschlaggebend der Grad der Unsicherheit der Erwerbsaussicht oder anders ausgedrückt, der Verwandlung in das zu erwartende Vollrecht."

einer unmöglichen aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht wird, unwirksam, aber bei der Dehnbarkeit des Begriffs Unmöglichkeit als relativer[1]) Begriff kann ein Bedingungseintritt, wenn auch noch so unwahrscheinlich, so immerhin noch möglich sein. Auch in diesen Fällen gelten aber die Schutzvorschriften zugunsten des bedingten Forderungsberechtigten, woraus sich nach den obigen Darlegungen die Existenz einer Anwartschaft ergibt.

Daß die Intensivität der Sicherheit der Erwerbsaussicht nicht zum Anwartschaftbegriff gehört, ist ferner ersichtlich aus § 67 in Verbindung mit 154 Abs. II KO. Der § 67 sagt nämlich „Forderungen

---

Kisch, Berechnung des Pflichtteils S. 2: Der Erbe „vor dem Eintritt des Erbfalles hat nicht eine bloße Expektanz künftigen Rechtserwerbs, nicht eine einfache Hoffnung, die ihm durch entgegenstehenden Willensakt oder durch sonstige Umstände entzogen werden könnte. Seine Rechtsstellung ist eine ganz andere, als etwa die eines eingesetzten oder gesetzlichen Erben zu Lebzeiten des Erblassers, denn diese Hoffnung kann jederzeit zerstört werden".

Sofern mit diesem Kriterium eine Abgrenzung der Anwartschaft als Rechtsbegriff gegenüber der faktischen Rechtsaussicht aufgestellt werden soll, ist zu verweisen auf S. 62, Note 1, des vorigen Paragraphen, wonach eine derartige Gegenüberstellung logisch unrichtig ist. Wenn aber dieses Kriterium dienen soll, um die Anwartschaften als bloße Rechtslagen von den Anwartschaftsrechten abzugrenzen, so ist dagegen zu erwidern, daß eine Anwartschaft niemals ein subjektives Recht sein kann, wie unten § 4 noch dargelegt wird. Sofern endlich dieser Gesichtspunkt eine Grenze bilden soll zwischen der Anwartschaft und der auf Grund der Rechtsordnung für jedermann bestehenden Möglichkeit, durch Tatbestandserfüllung Rechte erwerben zu können, sprechen dagegen die oben angeführten Gründe. Gegen eine solche Scheidung auch Leonhard, S. 142, der jedoch diesen Gesichtspunkt nicht vollkommen ausschaltet. Vgl. S. 145.

Kohler B. R. I, § 49 unterscheidet Rechtslagen und bedingte Rechte. Unter Rechtslage versteht er die „Beziehung eines Rechtssubjektes zu den Lebensgütern im allgemeinen oder im besonderen, welche von Bedeutung sein kann für die Entstehung oder Entwicklung subjektiver Rechte". Und den Unterschied dieser Rechtslagen gegenüber den bedingten Rechten erblickt er im Grade der Unsicherheit. „Bedingtes Recht liegt vor, wenn die Ungewißheit in einer einzigen oder in mehreren fest bestimmten Verumständlichungen beruht, bloße Rechtslage, wenn die Ungewißheit in unbestimmt vielen Umständen liegt, die eine feste Umgrenzung nicht zulassen" (S. 160). Diese Grenze ist jedoch zu verschwommen, um irgend einen bestimmten Anhaltspunkt im Einzelfall geben zu können.

Auch das Reichsgericht hat in der Entscheidung Bd. 67 S. 425 ff. die Auffassung vertreten, daß die Sicherheit des Rechtseintrittes zum Anwartschaftsbegriff gehöre. Es führt dort aus: „Der in einer letztwilligen Verfügung Bedachte hat, so lange der Testator lebt, in der Tat nur eine bloße Hoffnung oder Aussicht; es fehlt an jeder rechtlichen Gebundenheit des Erblassers oder seiner Erben oder des Nachlasses dem Bedachten gegenüber. Anders mit dem Eintritt des Erbfalles. Nunmehr ist nicht nur die letztwillige Verfügung endgültig und unwiderruflich, sondern sie tritt jetzt nach außen in Kraft und Wirksamkeit und damit ist die bis dahin fehlende Beziehung des Bedachten zum Nachlaß geschaffen, die von der bloßen Erwerbshoffnung oder -Aussicht zur rechtlich gesicherten Anwartschaft führende Brücke hergestellt. Die Erwerbsaussicht des Bedachten ist nicht mehr einer künftigen Forderung vergleichbar, der es noch an einer Grundlage fehlt, sondern einer Forderung, deren rechtliche Grundlage bereits unabänderlich feststeht und deren Entstehung nur von einer künftigen ungewissen Tatsache abhängt, also einer aufschiebend bedingten Forderung."

[1]) Vgl. Kisch, Unmöglichkeit S. 12.

unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu einer Sicherung". Hier ist klar zum Ausdruck gebracht, daß das in Aussicht stehende Recht einstweilen sichergestellt werden soll. Es bedeutet diese Vorschrift einen Schutz des erwarteten Rechts, woraus zu entnehmen ist, daß hier eine Anwartschaft besteht. Nach § 154 Abs. II ist jedoch die Berücksichtigung einer bedingten Forderung in der Schlußverteilung ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit des Eintrittes der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat. Der Vermögenswert einer bedingten Forderung richtet sich nach dem Wahrscheinlichkeitsgrad des Bedingungseintrittes. Ist also die Wahrscheinlichkeit des Rechtseintrittes eine so entfernte, daß ein gegenwärtiger Vermögenswert nicht besteht, so können selbstverständlich die bestehenden Anwartschaften nicht realisiert werden[1]). Daß aber eine Anwartschaft bestanden hat, das beweist die Sicherung. Es bietet somit die objektive Sicherheit der Erwerbsaussicht keine Grenze zwischen Anwartschaften und der generellen Möglichkeit Rechte erwerben zu können.

2. Ebensowenig bringt die Abstellung nach der Übertragbarkeit oder Vererblichkeit der Rechtslage, die vor Eintritt des in Aussicht stehenden Rechts besteht, die gesuchte Lösung näher. Es gibt eine Reihe nicht übertragbarer und nicht vererblicher Anwartschaften und die Übertragbarkeit oder Vererblichkeit ist weder ein sicheres Kriterium für das Vorhandensein eines subjektiven Rechts noch einer Anwartschaft.

3. Als weiterer Gesichtspunkt für die Abgrenzung der Anwartschaft von der generellen Rechtserwerbsmöglichkeit können folgende Kriterien in Betracht kommen: Man könnte von dem Gedanken ausgehen, daß die Schutzmaßregeln, die den künftigen Rechtseintritt sicherstellen sollen, deshalb bestehen, weil die Hauptsache des Tatbestandes schon erfüllt ist und die noch fehlenden Tatbestandselemente nur noch untergeordnete Bedeutung hätten. Oder man könnte annehmen, daß eine Anwartschaft dann gegeben sei, wenn der Anwärter für den Rechtserwerb alles getan hat, was seinerseits zu tun nötig ist und die noch ausstehenden Tatbestandselemente außerhalb seiner Person liegen[2]).

In beiden Fällen ist gleichgültig die Sicherheit der Rechtsaussicht, ebenso die Übertragbarkeit. Ferner ist unerheblich, wie viele Tatbestandsmerkmale schon erfüllt sind und wie viele noch fehlen.

a) Gegen die erste Auffassung sprechen aber jene Gründe, die oben S. 28 ff. gegen die condicio juris angeführt worden sind. Wie dort dargelegt, läßt sich eine solche Unterscheidung von konstitutiven und konfirmatorischen Tatbestandselementen nicht aufrecht erhalten. Vielmehr ist jedes einzelne Element in Bezug auf seine rechts-

[1]) Vgl. hiezu oben S. 54 Note 1.

[2]) Vgl. Enneccerus B. R. I S. 185. Er definiert die Anwartschaften als Erwerbsberechtigungen, die eine Vorstufe des Rechts bilden, das sich aus ihnen unter Hinzutreten bestimmter Erfordernisse entwickelt, ohne daß noch eine Erwerbshandlung nötig wäre.

erzeugende Wirkung gleich zu bewerten. Daher kann auch diese Abgrenzung nicht durchschlagend sein.

b) Was die zweite Auffassung betrifft, so ist auch sie nicht zutreffend. Soweit auch sie von dem Gedanken ausgeht, daß das noch fehlende Tatbestandsstück von untergeordneter Bedeutung sei, gelten auch hiergegen die oben angeführten Gründe. Andererseits ist die Abgrenzung zu eng. Es kommt vor, daß Verträge unter einer Potestativbedingung geschlossen werden, die vom Anwärter selbst herbeigeführt werden kann. Ein gesetzliches Beispiel hierfür bietet der § 495 BGB., wonach beim Kauf auf Probe die Billigung der gekauften Ware im Belieben des Käufers steht [1]). Weitere Beispiele sind die §§ 185, 108 Abs. III BGB. Auch hier ist das ursprüngliche Rechtsgeschäft in Schwebe, sodaß zunächst nur eine Anwartschaft besteht, während, das endgültige Recht erst eintritt, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt, oder wenn der Geschäftsbeschränkte nunmehr unbeschränkt geschäftsfähig wird und den Vertrag bestätigt. Hier entsteht eine Anwartschaft, obgleich die fehlenden Erklärungen Erwerbshandlungen des Anwärters sind.

4. Man könnte nun versuchen, die Abgrenzung formal zu konstruieren, indem als Voraussetzung für die Entstehung der Anwartschaft mindestens die Erfüllung eines Tatbestandsmerkmales aufgestellt wird [2]). Doch auch diese Auffassung ist auf Grund des oben aufgestellten Tatbestandsbegriffs nicht haltbar, denn gewisse Mindesterfordernisse sind bei jeder Person gegeben, z. B. Rechtsfähigkeit, die für sich allein eine Anwartschaft noch nicht begründen können.

5. Verfehlt wäre es auch, eine Anwartschaft nur dann anzunehmen, wenn der Eintritt des Rechts nur noch dann von der Erfüllung eines einzigen Tatbestandselements abhängt [3]). Die Schutzvorschriften, die das Gesetz zu Gunsten des Anwärters aufstellt, beziehen sich zwar hauptsächlich auf jene Rechtslagen, die bestehen, bevor das letzte Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. Doch ist das keineswegs immer der Fall. So besteht z. B. die Gebundenheit des Offerten auch dann, wenn die Offerte auf Abschluß eines bedingten Vertrags gerichtet ist. Ebenso gilt der § 160 BGB. auch dann, wenn der Eintritt des Rechts von mehreren Bedingungen abhängig gemacht wird [4]).

II. Zu einer Grenze, die den Einzelfällen am besten zu entsprechen scheint, dürfte m. E. folgende Erwägung führen. Eine

[1]) Daß hier die Willenserklärung wirklich ein Tatbestandselement bedeutet und nicht etwa als inhaltsgestaltender Faktor anzusehen ist, ergibt sich aus § 495 Abs. II BGB.

[2]) Tuhr, I, S. 182 sagt: „Überall liegt aber schon ein Ansatz zum Rechtserwerb vor. Mindestens ein Hinderungsgrund für die Entstehung des Rechts ist bereits beseitigt".

[3]) Vgl. Tuhr, I. S. 180: Man spricht von Anwartschaften besonders dann, wenn nur noch eine Entstehungstatsache fehlt."

[4]) Die Anwartschaft, die bei einer bedingten Forderung besteht, ist natürlich keine andere als diejenige, die schon bei Abgabe des Vertragsangebotes entspringt. Denn beendet wird die Anwartschaft erst durch den Eintritt des Rechts selbst. Verschieden ist nur der Rechtsschutz, der zu

Gegenüberstellung der Lage des Anwärters und der Lage eines nicht berechtigten Dritten, für den nur generell die Möglichkeit besteht, durch Tatbestandserfüllung Rechte erwerben zu können, zeigt, daß in beiden Fällen schon gewisse Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind. Auch der Dritte erfüllt regelmäßig gewisse Voraussetzungen, die generell für jeden beliebigen Rechtserwerb vorhanden sein müssen. So vor allem die Erfordernisse der Geschäftsfähigkeit, der Verpflichtungs- und Verfügungsfähigkeit, der Erwerbs- und Deliktsfähigkeit etc. Es sind sozusagen die allgemeinen elementaren Voraussetzungen gegeben, ohne deren Vorhandensein jeder beliebige Rechtserwerb ausgeschlossen ist. Anders dagegen ist es, wenn z. B. der A dem B die Schließung eines Vertrags anträgt, oder wenn A mit B einen bedingten Vertrag geschlossen hat, oder wenn jemand als Nacherbe oder Vermächtnisnehmer eingesetzt ist, oder wenn jemand unterhaltungsberechtigt ist, oder wenn jemand belasteter Grundstückseigentümer ist und in bestimmten Fällen die Hypothek als Eigentümerhypothek erwirbt usw. In allen diesen Fällen sind außer den allgemeinen Voraussetzungen, die für jeden Rechtserwerb generell gegeben sein müssen, noch weitere Tatbestandsmerkmale verwirklicht, die speziell für den Erwerb dieses konkreten Rechts erforderlich sind. Diese Voraussetzungen sind nicht ohne weiteres bei jedem Dritten gegeben, sondern sie zeichnen gerade diese Person gegenüber dem nichtberechtigten Dritten aus. Es ist also wie aus dem Beispiel der Vertragsofferte hervorgeht, mindestens ein Tatbestandsmerkmal des sogenannten „besonderen" Tatbestandes[1]), also des Tatbestandes, der speziell zum Erwerb des konkreten Rechts X führt, erfüllt[2]). Diese Grenze ist nun allerdings sehr weit und auch in Bezug auf den allgemeinen und besonderen Tatbestand flüssig, weshalb im einzelnen Zweifel entstehen können[3]).

Gunsten des Anwärters besteht und die damit verbundene Sicherheit des Rechtseintrittes. Der Unterschied ist kein qualitativer, sondern ein quantitativer. Dem steht es auch nicht entgegen, daß mit der Intensivierung der Rechtsaussicht eine Steigerung des Vermögenswertes der Anwartschaft verbunden ist. Für den Anwartschaftsbegriff ist es vollkommen gleichgültig, ob ein Vermögenswert besteht, ob der Rechtseintritt sicher ist, ob ein rechtlicher Schutz besteht. Alle diese Fragen gewinnen vielmehr erst Bedeutung bei der rechtlichen Behandlung der Anwartschaft im Einzelfall.

[1]) Vgl. Kisch, ZPO. Band II, S. 80 Ziff. 4.

[2]) Vergleicht man die Tatbestände der einzelnen Normen, so zeigt sich, daß die ersten Tatbestandsmerkmale überall gleich sind. Sie laufen sozusagen parallel nebeneinander her. Diese Elemente bilden den sogenannten allgemeinen Tatbestand. Erst in den weiteren Tatbestandsstücken tritt eine Verschiedenheit ein. Erst aus diesen Merkmalen ist zu sehen, zu welchem Recht der Tatbestand führt. Mit jenen Elementen nun, mit denen die spezielle Differenzierung der einzelnen Tatbestände untereinander einsetzt, beginnt der sogenannte besondere Tatbestand. Und von diesem besonderen Tatbestand muß nun wieder wenigstens ein Tatbestandselement erfüllt sein, damit eine Anwartschaft entsteht.

[3]) Besteht z. B. eine Anwartschaft auf das Eigentum, das durch Verarbeitung einer Sache in eine neue gewonnen wird, während der Zeit der Verarbeitung? Oder wo beginnt der besondere Tatbestand bei der Verjährung, durch die der Schuldner eine Einrede erhält?

Wenn nun im Einzelfall der allgemeine Tatbestand nicht erfüllt ist, aber ein Tatbestandselement des besonderen Tatbestandes verwirklicht worden ist, so steht das der Entstehung einer Anwartschaft nicht entgegen. Z. B. ein Minderjähriger schließt einen Verpflichtungsvertrag ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters, weshalb der Vertrag zunächst in Schwebe ist. Hier entspringen auch Anwartschaften auf die aus dem Vertrag sich ergebenden Rechte. Ebenso entspringt durch die Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand eine Anwartschaft, obgleich auch hier der allgemeine Tatbestand nicht erfüllt ist.

Das Vorausgehende zusammenfassend, wird man die Grenze der Anwartschaften gegenüber der generellen Möglichkeit eines Rechtserwerbs, die für jedermann in rechtlich gleicher Weise besteht, darin erblicken dürfen, daß sich der Anwärter von dem nichtberechtigten Dritten unterscheiden muß durch seine vorgeschrittene Tatbestandserfüllung. Und dieser Unterschied besteht dann, wenn der Anwärter mindestens ein Element des besonderen Tatbestandes erfüllt hat, während der Dritte nur die allgemeinen Voraussetzungen, die für jeden Rechtserwerb generell notwendig sind, in seiner Person verwirklicht[1]). Dabei ist es vollkommen gleichgültig, ob der Rechtserwerb wahrscheinlich ist, ob die Anwartschaft übertragbar oder vererblich ist; ferner gleichgültig, wie viele Tatbestandsmerkmale noch fehlen, bis das Recht zustande kommt; insbesondere ist unerheblich ob diese Tatbestandsmerkmale vom Anwärter selbst herbeizuführen sind, oder ob sie sich in der Person eines Dritten vollziehen müssen; oder endlich, ob es im Gegensatz zu einem menschlichen Verhalten ein rein äußerer Umstand ist. Dagegen darf die fehlende Erwerbshandlung nicht als Ausübung eines Gestaltungsrechts erscheinen. Denn hier würde, wie unten gezeigt wird, eine Anwartschaft nicht vorliegen.

III. In diesem Zusammenhang sind noch folgende Fälle darzulegen:

Es war wiederholt davon die Rede, daß sich aus einem Recht bei Hinzukommen weiterer Erfordernisse weitere Rechte ergeben können. Z. B. aus dem Eigentum, das normalerweise keinen Anspruch enthält, entsteht im Falle der Störung ein Unterlassungsanspruch. Das Gleiche gilt von den übrigen dinglichen Rechten. Es ist nun zu prüfen, ob auch auf diese Rechte Anwartschaften entstehen können.

---

[1]) Eine Parallele zu dieser Grenze findet sich bei der Beweisverteilung im Zivilprozeß. Vgl. Kisch, ZPO. Bd. II, S. 85 Ziff. 5: „Zunächst gibt es Tatbestandsmerkmale, die so regelmäßig vorliegen, daß sie meist nicht ausdrücklich vorgebracht werden, sondern ohne weiteres als selbstverständlich mit behauptet gelten. Dahin gehört gerade der schon erwähnte allgemeine Tatbestand eines Rechtsgeschäfts, z. B. Geschäftsfähigkeit der Parteien. Solche Umstände wird der Richter nach der Erfahrung des Lebens auf den ersten Blick als vorliegend annehmen und ihren Beweis für entbehrlich ansehen, wenn nicht der Gegner, der sie leugnet, Anhaltspunkte für ihr Fehlen vorbringt." Die Tatbestandselemente, die also bei jedem Dritten vorliegen, decken sich mit jenen, die nicht besonders bewiesen zu werden brauchen.

Wie schon darauf hingewiesen, ist mit der Anwartschaft auf das dingliche Recht nicht zugleich auch eine Anwartschaft auf die aus diesem Recht möglicherweise entspringenden Ansprüche gegeben. Denn es liegen dem dinglichen Recht und dem daraus entstehenden Anspruch getrennte Normen zu Grunde, weshalb auch die Frage der Anwartschaft auf diese Rechte getrennt zu prüfen ist. Für diese Fälle kann die oben aufgestellte Grenze zwischen allgemeinen und besonderen Tatbestand nicht maßgebend sein. Es wird viel mehr eine Anwartschaft auf die aus dem dinglichen Recht sich ergebenden Ansprüche erst dann anzunehmen sein, wenn zu dem zu Grunde liegenden dinglichen Recht, das ja in der Anspruchsgewährenden Norm als Tatbestandselement erscheint, noch die Verwirklichung eines weiteren Tatbestandselements hinzutritt.

Geeignete Beispiele hiefür sind die §§ 1053, 1054, 1217 BGB. Damit hier für den Eigentümer, dessen Sache mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht belastet ist, die in diesen Normen gewährten Rechte entstehen, ist notwendig eine Verletzung dieses Rechts, eine Abmachung und ferner die Fortsetzung des rechtswidrigen Verhaltens trotz der Abmahnung. Hier entsteht also erst mit der Verletzung des Eigentums eine Anwartschaft auf diese neuen Rechte.

In einem Fall scheint von dem aufgestellten Satz, daß die bloße Möglichkeit der Entstehung eines Anspruchs aus einem schon bestehenden Recht noch keine Anwartschaft auf dasselbe darstellt, eine Ausnahme gemacht werden zu müssen. Nämlich in jenen Fällen, in denen sich die Forderung verwandelt in einen Surrogatanspruch. Diese Ausnahme ist aber nur eine scheinbare. Denn tatsächlich haben diese Fälle mit dem eben besprochenen gar nichts zu tun. Während in den oben angeführten Fällen die neuen Rechte „aus" den dinglichen Rechten entstehen, entspringt die Ersatzforderung nicht aus dem zu Grunde liegenden Anspruch auf die Hauptleistung, sondern sie bildet ein Surrogat desselben. Der Ersatzanspruch entsteht ebenso wie die Forderung auf die Hauptleistung aus dem Vertragsverhältnis. Zwar ist die Verletzung der Hauptforderung durch Nichterfüllung oder durch nicht richtige Erfüllung ebenso wie die Verletzung des dinglichen Rechts Voraussetzung für die neu entstehenden Ansprüche, aber die Grundlage für diese neuen Rechte ist in beiden Fällen eine völlig verschiedene. Im ersteren Fall ist es das dingliche Recht selbst, im letzteren Fall ist es das Schuldverhältnis, das als Grundlage des neuen Anspruchs erscheint[1]). Das zeigt sich besonders deutlich dann, wenn der Surrogatanspruch an die Stelle des primären Leistungsanspruches tritt; z. B. bei schuldhafter Unmöglichkeit der Leistung oder bei der prinzipalen Vertragsstrafe. Aber selbst wenn das Surrogatrecht neben dem Hauptanspruch gegeben ist, entspringt es nicht aus diesem, sondern aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis[2]). Somit bestehen neben der Forderung sehr wohl noch Anwartschaften auf diese Surrogate und bei ihnen ist auch das Erfordernis für die Existenz einer An-

[1]) Ebenso Tuhr, I, S. 129; III, Ziff. 1.

[2]) Tuhr I, S. 126 ff.

wartschaft, nämlich die Erfüllung wenigstens eines Merkmales des besonderen Tatbestandes verwirklicht.

§ 3. Grenzen der Anwartschaften.

I. Nachdem im Vorausgehenden der Begriff Anwartschaft festgelegt wurde, sollen nunmehr deren Grenzen näher betrachtet werden. Was die Grenzen der Anwartschaften gegenüber der allgemeinen, jedermann zustehenden Erwerbsmöglichkeit betrifft, so kann auf das oben Angeführte Bezug genommen werden. Dagegen bedarf die Abgrenzung der Anwartschaft gegenüber dem Recht, zu dem sie führt, noch näherer Darlegung.

II. Die Grenze der Anwartschaft gegenüber dem in Aussicht stehenden subjektiven Recht fällt zusammen mit der zeitlichen Entstehungsgrenze dieses Rechts. Zeitlich betrachtet erlischt die Anwartschaft in dem Augenblick, in dem die von der Rechtsnorm gewährte Befugnis zur konkreten Berechtigung des Anwärters wird. Die Anwartschaft hat sich verwandelt in das Recht selbst, d. h. es steht nunmehr die Rechtsnorm dem Berechtigten zur Verfügung und es können demgemäß alle jene Befugnisse ausgeübt werden, die den Inhalt des Rechts bilden. Vorher hat vielleicht eine Gebundenheit bestanden, die sich jedoch nur negativ äußert; dagegen jetzt mit dem Eintritt des Rechts hat sich die Machtstellung des nunmehr Berechtigten so sehr konzentriert, daß er positiv, d. h. handelnd vorgehen kann; sei es in rechtlicher Beherrschung einer Sache; sei es, daß der Berechtigte vom Gegner eine Leistung verlangen kann, oder daß er rechtsverändernd durch Ausübung eines Gestaltungsrechts einzugreifen befugt ist. Diese Veränderung der Rechtslage tritt regelmäßig ein mit Erfüllung des letzten Tatbestandselements einer rechtsgewährenden Norm. Es muß erfüllt sein das letzte „Tatbestands"-Merkmal, nicht dagegen erlischt die Anwartschaft, wenn etwa ein inhaltsgesaltender Faktor verwirklicht wird. Das Erfordernis der gänzlichen Tatbestandserfüllung gilt nicht nur für den gesetzlichen Tatbestand, sondern insbesondere auch für solche Erfordernisse, die durch Parteiwillen dem gesetzlichen Tatbestand hinzugefügt wurden, sei es in Form einer Bedingung oder einer Befristung.

Gleichgültig für den Untergang der Anwartschaft dagegen ist es, ob das entstandene Recht auch schon seine Wirkung äußert. Deshalb ist die Anwartschaft auf das Recht erloschen, auch wenn das entstandene Recht noch keine Wirkung äußert, sondern etwa zunächst noch einredebehaftet ist. So z. B. der entstandene Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen, der die Einrede der §§ 770, 771 BGB. geltend macht.

III. Im einzelnen ist zur Abgrenzung der Anwartschaften gegenüber den subjektiven Rechten folgendes zu bemerken:

1. Beim Erwerb von absoluten Rechten sind drei verschiedene Fälle möglich. Es kann sein, daß sich der Rechtserwerb vollzieht mit Erfüllung des Erwerbstatbestandes, wobei ein subjektives Recht

auf diesen Rechtserwerb nicht betsteht. Es kann ferner sein, daß die Entstehung des subjektiven Rechts die Folge der Ausübung eines Gestaltungsrechts ist, z. B. eines dinglichen Erwerbsrechts. Oder es kann sein, daß ein Anspruch auf das absolute Recht besteht, wodurch der Anspruchsberechtigte die Macht erhält, die Erfüllung des Begründungstatbestandes, soweit sie in einer Begründungshandlung des Gegners selbst besteht, zu erzwingen.

a) Im ersten Fall entsteht eine Anwartschaft auf das absolute Recht, wenn von dem Begründungstatbestand des absoluten Rechts mindestens ein Element des besonderen Tatbestandes erfüllt ist, und sie erlischt mit der Verwirklichung des letzten Tatbestandsmerkmales, an die der Eintritt des absoluten Rechts geknüpft ist, z. B. mit Ablauf des 10. oder des 30. Jahres bei der Ersitzung.

b) Wenn eine Forderung besteht, mit der die Begründung des absoluten Rechts erzwungen werden kann, so hat zwar der Forderungsberechtigte psychologisch eine Aussicht auf Rechtserwerb, aber diese Rechtsaussicht ist etwas außerjuristisches, nicht eine Anwartschaft. Eine Anwartschaft hat der Forderungsberechtigte deshalb nicht, weil von dem Begründungstatbestand, der zum absoluten Recht führt, noch kein besonderes Merkmal erfüllt ist. Die Forderung ist nicht Tatbestandselement in der Norm, die das absolute Recht gewährt, sondern sie ist ein danebenstehendes Zwangsmittel, wodurch der Forderungsberechtigte die Macht erhält, die Erfüllung des Begründungstatbestandes dieser Norm zu erzwingen. Es kann aber sein, daß neben der Forderung eine Anwartschaft auf das absolute Recht besteht. Das ist der Fall, wenn etwa schon die dingliche Einigung vorgenommen ist, aber die Eintragung des Rechts noch zu erfolgen hat; oder wenn der Verkäufer beim Fernkauf die Ware auf den Weg gegeben hat, während der Verkäufer noch nicht im Besitz des Frachtbriefes ist [1]). In diesen Fällen besteht eine Anwartschaft des Forderungsberechtigten ganz unabhängig von dem Forderungsrecht. Es kann insbesondere der Fall eintreten, daß die Forderung untergeht, während die Anwartschaft auf das dingliche Recht noch weiter besteht.

c) Über den Fall, daß jemand ein Gestaltungsrecht hat, mit dessen Ausübung ein absolutes Recht entsteht, siehe unten Ziff. 3.

2. Auch bei der Abgrenzung der Anwartschaft gegenüber relativen Rechten insbesondere gegenüber Forderungen sind verschiedene Fälle möglich: Es kann sein, daß die Begründung einer Forderung erzwungen werden kann, etwa durch ein pactum de contrahendo oder durch ein Gestaltungsrecht. Oder es kann sein, daß ein relatives Recht entsteht, ohne daß ein Recht darauf vorher bestanden hätte. Hierbei kann die Entstehung dieses Rechts eine primäre sein, z. B. auf Grund Vertrag, oder es kann sein, daß das relative Recht aus einem bestehenden absoluten Recht entspringt, z. B. der Störungsanspruch des Eigentümers.

---

[1]) Tuhr, I, S. 173 spricht hier von Aneignungsrechten. Darüber siehe unten S. 77, Note 3.

a) Für den ersten Fall gilt dasselbe, was oben unter 1 b) gesagt wurde. Dadurch, daß der Berechtigte aus einem Vorvertrag eine Forderung erhalten hat, durch die er den Abschluß des Hauptvertrags erzwingen kann, hat er noch kein Tatbestandsmerkmal jenes Tatbestandes erfüllt, mit dessen Verwirklichung die Forderung des Hauptvertrages gegeben wäre. Er hat nur ein Zwangsmittel, die Tatbestandsverwirklichung zu erzwingen. Wenn aber auf Grund des Vorvertrages die Offerte zum Abschluß des Hauptvertrages ergeht, so entsteht damit eine Anwartschaft, die in ihrem Bestand unabhängig ist von der Forderung aus dem Vorvertrag. Und diese Anwartschaft erlischt mit Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale, welche die Begründung des Forderungsrechts zur Folge haben. Wenn insbesondere dem Hauptvertrag eine kasuelle Bedingung beigefügt worden ist, dann besteht während der Schwebe dieser Bedingung die Anwartschaft auf das aus dem Hauptvertrag sich ergebende Recht weiter, während die Forderung aus dem Vorvertrag mit der Annahmeerklärung des Hauptvertrages infolge Erfüllung untergegangen ist. Hierin zeigt sich deutlich die gegenseitige Unabhängigkeit von Forderung und Anwartschaft.

In diesem Zusammenhang ist noch besonders der Dauerschuldverhältnisse und der Mantelverträge zu gedenken. Der Mantelvertrag unterscheidet sich von einem Dauerschuldverhältnis mit wiederkehrenden Leistungen dadurch, daß bei dem letzteren der Entstehungsgrund für die einzelnen wiederkehrenden Ansprüche schon in dem Dauerschuldverhältnis selbst enthalten ist. Die Ansprüche gehen „aus" dem Rechtsverhältnis successive mit Ablauf der jeweils entsprechenden Zwischenperiode hervor. Bei Mantelschuldverhältnissen dagegen liegt der Fall anders. Durch dieses Rechtsverhältnis wird zunächst nur der allgemeine Inhalt der später erst entstehenden einzelnen Schuldverhältnisse bindend normiert (so bei den normierenden Mantelverträgen). Daneben wird möglicherweise noch für die beiden Parteien die Pflicht begründet, die einzelnen Schuldverhältnisse zur Entstehung zu bringen (so bei den verpflichtenden Mantelverträgen). In keinem Fall aber ist mit Abschluß des Mantelvertrages ein Grund für die Rechtsentstehung der einzelnen Schuldverhältnisse gelegt. Beim normierenden Mantelvertrag ist das ohne weiteres klar. Aber auch beim verpflichtenden Mantelvertrag liegt der Fall nicht anders. Durch diesen wird lediglich den Parteien ein Zwangsmittel gewährt, die Mitwirkung des Gegners für die Begründung der Einzelschuldverhältnisse erzwingen zu können, nicht wird dadurch selbst schon ein Tatbestandselement der einzelnen Rechtsverhältnisse erfüllt. Deshalb entstehen bei einem Dauerschuldverhältnis sofort mit Begründung desselben Anwartschaften auf die einzelnen daraus entspringenden Ansprüche. Dagegen durch den Abschluß eines Mantelvertrages wird eine Anwartschaft noch nicht begründet. Eine solche kann im Rahmen des Mantelverhältnisses nur insofern entstehen, als etwa durch Abgabe einer Offerte in die Tatbestandserfüllung der einzelnen Schuldverhältnisse eingetreten wird. Nur bei dem einzelnen Vertragsabschluß kann eine Anwartschaft begründet werden, hier aber ohne Unterschied, ob das

Mantelschuldverhältnis nur ein normierendes oder ein verpflichtendes ist.

b) Soweit die Forderung entsteht, durch Ausübung eines Gestaltungsrechts ist auf das unter Ziff. 3 Angeführte zu verweisen.

c) Auch für den zweiten Fall gilt das Prinzip, daß die Anwartschaft erlischt mit der Verwirklichung des letzten Tatbestandsmerkmals von dessen Erfüllung der Rechtseintritt abhängig ist. Enthält z. B. die Forderung einen Schadenersatzanspruch, dann muß ein Schaden entstanden sein, damit das Recht eintritt und die Anwartschaft erlischt [1]).

d) Bezüglich jener Fälle, in denen die Forderung die Folge eines absoluten Rechts ist, kann auf oben S. 68 f. Gesagtes Bezug genommen werden.

3. Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung der Anwartschaften von den Gestaltungsrechten [2]), da letzterer Begriff noch weit davon entfernt ist, eine vollständige Klärung erfahren zu haben [3]). Die Unklarheit dieser Rechtskategorie, insbesondere die fast durchweg zu beachtende Indentifizierung von Anwartschaft und Gestaltungsrecht macht es notwendig, bevor die eigentliche Frage beantwortet werden kann, den Begriff Gestaltungsrecht, soweit es im Rahmen dieser Aufgabe zulässig ist, klarzustellen [4]). Dabei ist es zu den oben aufgestellten theoretischen Grundsätzen, insbesondere zur Konstruktion der Norm, zurückzukehren und es wird sich alsbald zeigen, daß eine Reihe bisher bestrittener Fälle dadurch ihre Lösung

[1]) Tuhr, I, S. 130.

[2]) Auch die Abgrenzung der Anwartschaften von den Gestaltungsrechten hat keineswegs nur theoretische Bedeutung. Das zeigt sich beispielsweise bei der Übertragung. Wird ein Gestaltungsrecht, etwa ein Vorkaufsrecht übertragen § 514 BGB., so ist ohne weiteres klar, daß nunmehr der Zessionar das Gestaltungsrecht auszuüben, also die Vorkaufserklärung abzugeben hat. Wird dagegen eine Anwartschaft übertragen, bei der der endgültige Rechtserwerb von einer Potestativbedingung abhängt, so läßt sich die Frage, wer nunmehr den restlichen Tatbestand zu erfüllen habe, nicht allgemein beanworten. Der Struktur der Anwartschaft gemäß muß jedenfalls der Grundsatz gelten, daß, der Cedent den restlichen Tatbestand zu verwirklichen hat. Genaueres kann erst bei der praktischen Behandlung der Anwartschaften dargelegt werden.

[3]) Vgl. Windscheid, Pand. I, § 37 Ziff. 2; Regelsberger; Pand. § 14; Bekker, Pand. § 106; § 20, Beil. I; § 28 Beil. II; § 29 Beil. III; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 435 ff.; S. 600 ff.; derselbe B. R. I, § 66; Thon, Rechtsnorm S. 325 ff.; Zitelmann, Int. Prv. R. II, S. 32 ff.; Hellwig, ZPO. I § 32, 34, 35; Hellwig, Anspruch S. 2 ff.; Kohler, B. R. I, § 48; II, 2 § 120 ff.; Sohm, Gegenstand S. 11; Seckel, in Festschrift für Koch S. 205 ff.; Tuhr I. S. 159 ff.; Rund, Zur Frage der Gestaltungsrechte; Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 67 ff.; Andreae, Das Recht des Antragempfängers; Crome, System I, § 24 und 34; Cosack, B. R. I, § 16; Biermann, B. R. I, S. 107 ff.; Oertmann, Komm. I, S. 595; Staudinger I, S. 695; u. a.

[4]) Ansätze zu der hier in Frage stehenden Gruppe von subjektiven Rechten finden sich schon im gemeinen Recht bei Windscheid und Bekker. Namentlich hat letzterer für sie den Begriff Gegenrechte geprägt, den auch Crome übernommen hat. Dieser Begriff ist jedoch zu eng, da er nur die Aufhebungsrechte in sich schließt. Vgl. auch Hellwig, ZPO. I § 34 Note 7 und Seckel, S. 209 Note I. Zitelmann erweitert diese Rechtsgruppe und bezeichnet sie als „Rechte des rechtlichen Könnens". Ihm hat sich Hellwig angeschlossen. Beide Autoren verstehen unter einem Kann-

findet. Damit ein Gestaltungsrecht überhaupt ein subjektives Recht sein kann, muß die Möglichkeit, durch die Willenserklärung einen bestimmten Rechtserfolg herbeiführen zu können, als Rechtsfolge im begrifflichen Sinn erscheinen. Es muß also eine Norm bestehen, deren Rechtsfolge inhaltlich diese Befugnis gewährt. Eine weitere Norm b, in deren Tatbestand die Ausübung des von der Norm a gewährten Gestaltungsrechts als Tatbestandselement erscheint, muß mit der Ausübung dieses Rechts den jeweils damit verbundenen Rechtserfolg gewähren. So ist z. B. das Vorkaufsrecht[1]) die Rechtsfolge eines Vertrages oder eines anderen Tatbestandes (vgl. § 2034 BGB. das Vorkaufsrecht des Miterben). Dagegen der mit der Ausübung dieses Vorkaufsrechts verbundene Rechtserfolg beruht auf einer besonderen Norm, in deren Tatbestand die Ausübung des Gestaltungsrechts als Tatbestandselement erscheint. (Vgl. § 505 BGB.) Dieses Erfordernis, daß ein Gestaltungsrecht begriffsnotwendig nur dann gegeben sein kann, wenn zwei Normen bestehen, nämlich eine, die das Gestaltungsrecht gewährt, die andere, die mit der Ausübung dieses Rechts einen bestimmten Rechtserfolg verbindet, führt zu einer sehr wesentlichen Konsequenz. Der Rechtserfolg nämlich, der mit Ausübung des Gestaltungsrechts gegeben ist, ist demnach vollkommen unabhängig von den Voraussetzungen, auf denen das Gestaltungsrecht beruht. Er ist vielmehr allein durch die Ausübung des Gestaltungsrechts bedingt. Beispiel: Das Kaufsverhältnis, das durch das

Recht die Macht, durch eigene Handlung eine Rechtswirkung zu begründen. Diese Umschreibung ist indes nicht geeignet, die Gestaltungsrechte von der rein faktischen Möglichkeit, durch Willenserklärung einen Rechtserfolg herbeizuführen, abzugrenzen. Vgl. auch Langheineken, Anspruch S. 30. Enneccerus spricht von Rechten auf Rechtsänderung und versteht darunter: „Die Macht, vermöge deren eine Rechtswirkung, d. h. die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung subjektiver Rechte entweder von uns bewirkt werden kann oder zu unseren Gunsten auch ohne unseren Willen eintritt." Die letztere Gruppe, namentlich bezeichnet er als Erwerbsberechtigungen oder Anwartschaften. Vgl. auch Enneccerus, Rechtsgeschäft Beil. 3. Dieser Auffassung nach wäre die Anwartschaft ein Sonderfall eines Gestaltungsrechts. Vgl. dagegen auch Tuhr I, S. 161 Note 7. Auch Kohler wirft die beiden Begriffe Gestaltungsecht und Anwartschaft zusammen. Er lehnt zwar die Kategorie der Gestaltungsrechte ab, reiht aber in seiner Unterscheidung zwischen vollen und geminderten Anwartschaftsrechten Fälle ein, die richtiger Ansicht nach als Gestaltungsrechte bezeichnet werden. Ähnlich wie Kohler auch Rund, der die Gestaltungsrechte unter den Begriff Rechtslage einreihen will. Seckel definiert das Gestaltungsrecht als: „Das subjektive Privatrecht, dessen Inhalt die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft ist". Ebenso Tuhr, der diese Rechtsgruppe als sekundäre Rechte bezeichnet. Ähnlich auch Cosack, Oertmann, Biermann u. a. mehr."

[1]) Von Enneccerus, B. R. II § 339; Stammler, Schuldverhältnisse S. 13; Fischer-Henle, Bemerkung 4 zu § 487; Staudinger, Vorbemerkung 3 und Vorbemerkung 5 vor § 504; Crome, System § 227 Anm. 7; Endemann, B. R. I S. 728; Tietze, Schuldverhältnisse S. 88; und dem Reichsgericht wird dem Vor- und Wiederkaufsrecht die Natur eines Gestaltungsrechts abgesprochen. Es liege im ersten Fall ein aufschiebend bedingter Kauf, im letzteren Fall ein aufschiebend bedingter Rückkauf vor. Diese Auffassung widerspricht aber dem klaren Wortlaut des Gesetzes, insbesondere paßt diese Konstruktion nicht auf das gesetzliche Vor- und Wiederkaufsrecht, wie auch Kisch, Unmöglichkeit S. 8 Note 19 betont.

Vorkaufsrecht geschaffen wird, ist vollkommen unabhängig von den Voraussetzungen, von denen das Vorkaufsrecht abhängt, also von dem Vertrag oder von der Eigenschaft als Miterbe (§ 2034 BGB). Es ist vielmehr allein bedingt durch die Ausübung des Vorkaufsrechts, also durch die Abgabe der Vorkaufserklärung. Das kommt auch im Wortlaut des § 505 klar zum Ausdruck. Ebenso ist der Rechtserfolg, der durch die Rücktrittserklärung herbeigeführt wird, völlig unabhängig von den Voraussetzungen, auf denen das Rücktrittsrecht beruht, sei es ein vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht. Das Gleiche gilt von der Anfechtung, Kündigung und den anderen Gestaltungsrechten. Ganz anders dagegen ist es etwa bei der condicio si voluero, z. B. bei der Billigungserklärung des Probekäufers. Diese erscheint nicht als Rechtsfolge der vorausliegenden Tatbestandsstücke (also des bedingten Kaufabschlusses), sondern sie bildet nur ein Glied, innerhalb der gesamten Tatbestandskette, zu der auch der Kaufabschluß gehört (in § 495 Abs. 2 Satz 2 sagt das Gesetz selbst, daß im Zweifel die Billigung als aufschiebende Bedingung zu betrachten sei[1]).

Das Vorausgehende zusammenfassend soll nochmal wiederholt werden: Ein Gestaltungsrecht kann, rein formal betrachtet, nur dann gegeben sein, wenn die Möglichkeit durch eine Rechtshandlung einen bestimmten Rechtserfolg herbeizuführen, als Rechtsfolge einer Norm erscheint, während in einer anderen Norm mit der Ausübung des Gestaltungsrechts, die hier ein Tatbestandselement bildet, der durch das Gestaltungsrecht herbeizuführende Rechtserfolg gewährt wird. Dieser Rechtserfolg ist daher vollkommen unabhängig von den Voraussetzungen, auf denen das Gestaltungsrecht beruht. Er ist allein durch die einseitige Ausübungshandlung des Gestaltungsrechts bedingt. Dagegen ist die Existenz eines Gestaltungsrechts ausgeschlossen, wenn etwa eine einseitige Handlung von der ein Rechtserfolg abhängt, nur ein Glied in der Kette des Tatbestandes bildet, wobei jedes einzelne Glied dieses Tatbestandes auf den Rechtserfolg abzielt. Es ist somit auch die Frage der Gestaltungsrechte abhängig von der Konstruktion der Norm. Deshalb können im einzelnen verschiedene Fälle zweifelhaft sein. Wenngleich das Gesagte schon genügen würde, um die Anwartschaften von den Gestaltungsrechten abzugrenzen, so mögen doch an Hand dieses aufgestellten Kriteriums einige Fälle dargelegt werden, bei denen besonders deutlich die Verquickung von Anwartschaft und Gestaltungsrecht zutage tritt.

Kein Gestaltungsrecht ist z. B. das von Seckel und Anderen[2]) angeführte „Recht zur Vertragsannahme“ oder „das Recht, die Einwilligung, Genehmigung, Bestätigung, Ermächtigung zu erteilen oder zu verweigern“. Wollte man in der Vertragsannahme die Ausübung eines Gestaltungsrechts erblicken, so müßte nach dem vorhergehend

[1]) Tuhr unterscheidet zwar in Bd. III S. 279 die Wollensbedingung vom Gestaltungsrecht, jedoch in Band I S. 162 Note 9 sagt er, daß auch die Bedingung si voluero als ein solches aufgefaßt werden könne.

[2]) Vgl. Seckel, S. 207 Note 2, Andreae passim; Tuhr I S. 162 Ziffer 1 und Note 10; S. 163 Note 13; S. 175 ff.; S. 180 N. I; S. 181 Note 10; Enneccerus I § 66 Note 11; S. 160 Note 12; S. 185 Ziff. 4 und 5; S. 175 B; u. a. m.

aufgestellten Erfordernis das Vertragsverhältnis durch die Annahmeerklärung allein geschaffen werden. Von einem Vertrag könnte überhaupt nicht mehr die Rede sein. Die Vertragsofferte begründet somit nicht ein Gestaltungsrecht für den Antragsgegner, sondern eine Anwartschaft und die Annahmerklärung ist nur das letzte Glied des vertraglichen Tatbestandes [1]). Es ist aber auch unrichtig die Vertragsannahme als eine condiccio juris Sinn eines konfirmatorischen Elementes anzusehen [2]). Auch in den Fällen der Erteilung der Genehmigung, der Zustimmung, der Ermächtigung ist der Gedanke doch nur der, daß die Erklärung des beschränkt Geschäftsfähigen noch nicht genügt, um den Rechtserfolg herbeizuführen, sondern es muß zu den Erklärungen der beiden Kontrahenten die Zustimmung des Vormundes oder des Vormundschaftsgerichts treten. Wollte man hierin ein Gestaltungsrecht des Vormundes erblicken, dann müßte auf Grund des aufgestellten Kriteriums auch hier der Fall so liegen, daß durch die Erklärung der beiden Kontrahenten für den Vormund oder das Vormundschaftsgericht das Recht entsteht, durch einseitige Willenserklärung ein Rechtsverhältnis zu schaffen. Auch hier könnte von einem Vertrag begrifflich nicht mehr die Rede sein. Es widerstreitet auch diese Ansicht entschieden der unbefangenen Auffassung [3]). Vielmehr sind diese Fälle typische Beispiele von Anwartschaften. Der praktische Unterschied in den Konsequenzen, die durch diese Auffassung bedingt sind, wird sich bei der rechtlichen Behandlung der Anwartschaften noch zeigen.

Kein Gestaltungsrecht ist ferner die allgemeine Aneignungsmöglichkeit des § 958 BGB. [4]) Der Eigentumswille ist hier wie die übrigen Voraussetzungen nur juristische Tatsache, nicht dagegen Ausübung einer als Rechtsfolge erscheinenden Befugnis. Dadurch unterscheidet sich die allgemeine Aneignungsmöglichkeit von den

---

[1]) Tuhr I S. 162 Note 10 leitet den Beweis, daß die Rechtsstellung des Empfängers einer Offerte ein Gestaltungsrecht sei, aus den §§ 1406 und 1453 BGB. ab, in denen die Ablehnung einer Offerte als Verfügung aufgefaßt werde. Dieser Beweis ist jedoch nicht durchschlagend, denn beide Vorschriften betreffen nicht ausschließlich Verfügungen z. B. §§ 1406 Ziff. 3 und 453 Abs. 2.

[2]) Vgl. Oertmann, Rechtsbedingung S. 10: Der Vertrag „wird eingeleitet durch das Angebot und vollendet durch die Annahme. Beide sind zweifellos Stücke des vertraglichen Tatbestandes. Es darf aber um keinen Preis das Hinzutreten des späteren Stückes als bloße Rechtsbedingung für die Wirksamkeit des früheren erachtet werden. Die Rechtsfolge des Vertrags entsteht aus dessen beiden Bestandteilen in ihrem Zusammentreffen. Beide sind vollauf gleichwertig. Freilich kann die Annahme den Antrag mit einem dem Angebot widersprechenden Inhalt nicht zur Entstehung bringen. Aber daraus folgt natürlich nicht ihre mindere Bedeutsamkeit. Beide Stücke müssen inhaltlich übereinstimmen, keines überwiegt in seinem grundsätzlichen Wert für den Eintritt und Inhalt der Rechtsfolge.

[3]) Tuhr II S. 266 Note 182, erblickt in der Nichtannahme einer Offerte und in der Genehmigungsverweigerung einen Verzicht auf das Recht durch Willenserklärung ein Rechtsverhältnis zu begründen. Gegen die Ausübung eines Rechts auch Planck, § 184, Anm. 2 und Walsmann, Verzicht, S. 106 ff.

[4]) Ebenso Sohm, Gegenstand, S. 11, Note 8; Hellwig Anspruch S. 3, der nur die exklusiven Aneignungsrechte zu den Rechten des rechtlichen Könnens zählt. Vgl. auch Tuhr I S. 172 II.

dinglichen Erwerbsrechten. Soweit sie im Innenverhältnis[1]), d. h. im Verhältnis des Berechtigten zu dem von ihm erwerbbaren Objekten betrachtet werden, haben sie die Natur eines Gestaltungsrechts. Die Ausübung dieses Rechts erfolgt jedoch hier durch die Okkupationshandlung. Daraus folgt, daß der dinglich Erwerbsberechtigte keine Anwartschaft auf die zu erwerbenden Güter hat, denn wie nachher dargelegt wird, steht die Existenz eines Gestaltungsrechts der Anwartschaft entgegen[2]).

Kein Gestaltungsrecht, sondern eine Anwartschaft liegt vor bei der Übereignung einer beweglichen Sache nach § 929 BGB., wenn die dingliche Einigung schon vollzogen, aber die Besitzübergabe noch nicht erfolgt ist. Hier ist der nachträgliche Besitzerwerb und der damit verbundene Eigentumsübergang nicht als Realisierung eines Aneignungsrechts anzusehen, sondern als Verwirklichung des letzten Gliedes des Übereignungstatbestandes[3]).

Nunmehr soll dargelegt werden, warum sich Anwartschaft und Gestaltungsrecht gegenseitig ausschließen.

---

[1]) Nach außen hin hat das dingliche Erwerbsrecht dingliche Natur. Es haftet z. B. an einem Grundstück, wirkt absolut gegenüber jedem Dritten. Die Erscheinung, daß ein Recht im Innen- und Außenverhältnis, von verschiedener Natur ist, findet sich auch bei den sogenannten Gewaltverhältnissen, z. B. im Familienrecht das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern. Auch diese Verhältnisse zeigen nach innen relative, dagegen im externen Verhältnis absolute Natur. Vgl. Nawiasky, Forderungs- und Gewaltverhältnis: Thon, Rechtsnorm S. 186 ff.

[2]) Wie wenig auch hier Anwartschaft und Gestaltungsrecht auseinandergehalten werden, ergibt sich aus Tuhr I S. 171 Note 8, S. 187 Ziff. 8. Es wird das Aneignungsrecht als Ausübung der Anwartschaft bezeichnet.

[3]) Tuhr I S. 173 Ziff. 4 sagt: „Besonders wichtig, aber wenig beachtet, ist das Aneignungsrecht, welches als rechtliches Zwischenprodukt im Verlauf des Traditionsgeschäfts entsteht: Im einfachsten Fall der Tradition, wenn Einigung und Übergabe des Besitzes gleichzeitig erfolgen, tritt das Aneignungsrecht des Erwerbers nicht hervor, weil es mit seiner Befugnis, die Offerte zu akzeptieren, zusammenfällt. Anders, wenn Einigung und Besitzerwerb zeitlich auseinander liegen; hier legt Tuhr dar, inwiefern bei der brevi manu traditio, bei der Vindicationszession, bei der Übereignung von Grundstücken etc. ein Aneignungsrecht gegeben sei. Auch diese Konstruktion ist wohl auf den Gedanken zurückzuführen, die jeweils bestehenden Erwerbsinteressen des Empfängers zu schützen und dispositiv zu gestalten, wie beispielsweise aus Note 18 S. 176 ersichtlich wird. Jedoch ist die Art der Konstruktion nicht richtig. Immer wieder muß betont werden, daß eine Tatbestandsverwirklichung nur dann zugleich als Rechtsausübung erscheint, wenn, — abgesehen von dem Erfordernis der inhaltlichen Übereinstimmung, — formell betrachtet, die Handlungsmöglichkeit, durch die das Recht erworben wird, als Rechtsfolge einer anderen Norm erscheint. Ist das aber der Fall, dann können die Voraussetzungen, auf denen das Aneignungsrecht beruht, nicht zugleich Tatbestandselemente für den Eigentumserwerb sein, da sie in der eigentumsgewährenden Norm überhaupt nicht als Tatbestandselemente erscheinen. Der Eigentumserwerb würde vielmehr, wie beim Aneignungsrecht, lediglich auf der Besitzergreifung beruhen, was mit dem Übereignungsgeschäft absolut im Widerspruch steht. Tuhr hat diese Schwierigkeit erkannt und konstruiert deshalb, um die Einheitlichkeit des Tatbestandes zu wahren, das Aneignungsrecht als „Zwischenprodukt" (S. 173) innerhalb der Übereignungsnorm. Für das subjektive Recht ist diese Auffassung nicht zulässig, denn es wäre nicht einzusehen, warum dann auch nicht alle anderen Rechte, die auf Erwerb weiterer Rechte gerichtet sind, als Zwischenprodukt innerhalb einer rechtsgewährenden Norm anzusehen seien.

Die Anwartschaft kann nur bestehen innerhalb einer rechtsgewährenden Norm. Da aber der Tatbestand des Gestaltungsrechts mit dem Rechtserfolg des Gestaltungsrechts nicht im Zusammenhang steht, d. h. nicht innerhalb ein und derselben Norm erscheint, kann auch eine Anwarschaft auf denselben noch nicht in dem Stadium bestehen, in dem das Gestaltungsrecht erst begründet wird. Da ferner das Gestaltungsrecht selbst kein Tatbestandsmerkmal für den Rechtserfolg ist, der durch das Gestaltungsrecht herbeigeführt wird, besteht neben dem Gestaltungsrecht ebensowenig eine Anwartschaft auf den Rechtserfolg wie etwa ein Forderungsberechtigter auf Grund seiner Forderung eine solche auf das dingliche Recht hat[1]). Es stehen vielmehr beide Rechte, die Forderung und das Gestaltungsrecht neben dem Tatbestand des Rechtsverhältnisses, das durch die Geltendmachung dieser Rechte geschaffen wird. Wenn tatsächlich der Forderungs- und Gestaltungsberechtigte eine bestimmte Rechtsaussicht hat, so ist dies ein rein faktischer, ein psychologischer Zustand, der mit der Anwartschaft als Rechtsbegriff nichts zu tun hat.

Die Anwartschaft ist aber auch selbst wesentlich verschieden vom Gestaltungsrecht. Die Anwartschaft wurde konstruiert als eine Zwischen-Rechtsfolge, die innerhalb des Tatbestandes einer rechtsgewährenden Norm enthalten ist. Insofern hat sie zwar Ähnlichkeit mit dem Gestaltungsrecht, das ebenfalls eine vom objektiven Recht aufgestellte Rechtsfolge ist. Der grundlegende Unterschied besteht aber darin, daß bei der Anwartschaft die Verwirklichung jener Tatbestandselemente, die noch zur Anwartschaft hinzukommen müssen, damit das Recht entsteht, nicht eine Realisierung der Anwartschaft darstellen. Es sind vielmehr auch die noch fehlenden Tatbestandsstücke begrifflich juristische Tatsachen und ihre Verwirklichung ist ein rein faktisches Können[2]). Beim Gestaltungsrecht dagegen ist die Abgabe der Erklärung die Realisierung der Rechtsfolge, d. h. die Ausübung des Gestaltungsrechts. Die Anwartschaft bildet keinen Abschluß des Tatbestandes, mit dessen Erfüllung sie entsteht. Sie bedeutet vielmehr nur einen Durchgangspunkt des

[1]) Zustimmend, jedoch nur in Bezug auf das dingliche Vorkaufsrecht und die Vormerkung Tuhr I, S. 189 ff., in dem er sagt: „Dagegen möchte ich nicht zu den Anwartschaften zählen, das dingliche Vorkaufsrecht und die Rechtsstellung des Gläubigers aus der Vormerkung. Allerdings wird auch durch diese Rechtsbehelfe, wie durch die Anwartschaften der Erwerb eines Rechts vorbereitet und gefördert, aber — und darin finde ich das Charakteristikum des Anwartschaftsbegriffs — der Erwerb auf Grund eines Vorkaufsrechts oder einer Vormerkung erfolgt nicht ipso jure, sondern in derselben Weise wie sonst: Durch dinglichen Vertrag. Vorkaufsrecht und Vormerkung sind keine Vorstufen des Erwerbs (kein Stück des Erwerbstatbestandes wird durch sie vorgenommen oder ersetzt), sondern bloß Sicherungsmittel gegen die nach allgemeinen Grundsätzen mögliche Vereitelung des ihm zu Grunde liegenden obligatorischen Anspruchs.

[2]) Das Verhältnis ist ähnlich, wie bei der Geschäftsfähigkeit. Ebensowenig wie das Handeln eines Geschäftsfähigen die Ausübung einer auf Grund der Geschäftsfähigkeit bestehenden Befugnis bedeutet, ist die Erfüllung der restlichen Tatbestandselemente durch den Anwärter als Ausübung der Anwartschaft aufzufassen. Weder die Geschäftsfähigkeit, noch die Anwartschaft ist einer „Ausübung" im Sinn einer Realisierung, Geltendmachung derselben fähig. Vgl. hiezu die Ausführungen oben S. 22, III.

Tatbestandes, der schließlich zum subjektiven Recht führt. Sie ist nur ein Zwischenstadium innerhalb einer einheitlichen Tatbestandskette. Würden die noch ausstehenden Tatbestandselemente, die zur Anwartschaft hinzukommen müssen, damit das Recht entsteht, mit den der Anwartschaft vorausgehenden Stücken nicht einen einheitheitlichen Tatbestand innerhalb ein und derselben Norm bilden, so könnte eine Anwartschaft überhaupt nicht existieren. Ganz anders ist es beim Gestaltungsrecht. Dieses erscheint als Rechtsfolge einer in sich abgeschlossenen rechtsgewährenden Norm. Die Ausübung des Gestaltungsrechts dagegen ist zugleich Realisierung des Rechts und Erfüllung des Tatbestandmerkmals einer neuen Norm, nämlich jener Norm, welche die Enstehung, Vernichtung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses an die Ausübung des Gestaltungsrechts knüpft. Deshalb stehen bei der Anwartschaft alle Tatbestandsstücke, sowohl die der Anwartschaft vorausliegenden, als die noch nachfolgenden mit dem Rechtserfolg unmittelbar in Beziehung. Der Rechtserfolg ist nicht herbeigeführt durch das letzte Element allein. Es besteht nur eine gewisse Unabhängigkeit der einmal entstandenen Anwartschaft von den vorausliegenden Tatbestandsstücken, die jedoch dem Umstand, daß alle Tatbestandselemente unmittelbar auf die Rechtsentstehung abzielen, keineswegs entgegensteht. Beim Gestaltungsrecht dagegen stehen die Elemente, auf denen das Gestaltungsrecht beruht, nicht in Beziehung zu dem Rechtserfolg des Gestaltungsrechts. Sie gehören nicht zu derselben Norm, vielmehr bestehen hier zwei selbständige, von einander unabhängige Normen. Die erstere gewährt als Rechtserfolg das Gestaltungsrecht, die letztere verbindet mit der Ausübung des Gestaltungsrechts die rechtserzeugende, rechtsvernichtende oder die rechtsverändernde Wirkung.

Dagegen ist es vollkommen gleichgültig, wie beschaffen bei der Anwartschaft diejenigen Tatbestandsstücke sind, die zur Anwartschaft hinzutreten müssen, damit das Recht entsteht. Diese Stücke können Umstände sein, die außerhalb der Person des Anwärters liegen, z. B. eine kasuelle Bedingung, ein Fristablauf. Sie können sein ein Umstand, den der Anwärter selbst herbeizuführen in der Lage ist, z. B. eine potestative Bedingung, oder andere Erwerbshandlungen. Sie können insbesondere selbst Willenserklärungen des Anwärters sein, sei es in Form einer Bestätigung, Genehmigung, Einwilligung etc., sei es in Form einer Vertragsannahme. Auch in diesen letzteren Fällen wird nicht etwa eine als Rechtsfolge erscheinende Befugnis durch die Erklärungsabgabe realisiert, sondern die Erklärung bedeutet lediglich Verwirklichung eines als juristische Tatsache erscheinenden Tatbestandselements.

Nach dem Gesagten ist also das Verhältnis der Anwartschaft zum Gestaltungsrecht ein exklusives und sofern man im Zivilrecht die Gestaltungsrechte als eine eigene Kategorie subjektiver Rechte anerkennt, ist das Bestehen einer Anwartschaft begrifflich unmöglich. Die hieraus sich ergebenden praktischen Konsequenzen können hier nicht dargestellt werden, sondern müssen der praktischen Behandlung der Anwartschaften vorbehalten bleiben.

IV. Im Folgenden ist das Verhältnis der Anwartschaft zur Ermächtigung zu prüfen. Wie im Exkurs am Schlusse dieser Arbeit dargelegt ist, wird das Wort Ermächtigung in einem dreifachen Sinn gebraucht. Einmal ist der Begriff Ermächtigung gleichbedeutend mit Zustimmung, Billigung, Genehmigung. Zuweilen ist er synonym mit Bevollmächtigung, Vollmachtserteilung. Endlich bedeutet Ermächtigung im eigentlichen technischen Sinn die Setzung eines Tatbestandes mit der Rechtswirkung, daß auch einer nicht tatbestandsmäßigen Handlung die Rechtsfolge eines tatbestandsmäßigen Verhaltens zukommt.

1. Sofern die Ermächtigung gleichbedeutend mit Zustimmung verwendet wird, kann an oben S. 68 Gesagtes angeknüpft werden. Wenn der Minderjährige ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters einen Vertrag schließt, so erfüllt er damit Tatbestandselemente des besonderen Tatbestandes und es entsteht während der Schwebezeit bis zur Erteilung der Genehmigung für die beiden Teile eine Anwartschaft auf die aus dem Vertrag entspringenden Rechte. Geht aber die Genehmigung dem Vertragsabschluß voraus, so hat sie die Bedeutung den Minderjährigen für den gebilligten Vertragsabschluß voll geschäftsfähig zu machen. Damit ist aber nur ein fehlendes Stück des allgemeinen Tatbestandes ergänzt, so daß eine Anwartschaft noch nicht entsteht.

2. Sofern die Ermächtigung eine Bevollmächtigung bedeutet, kann für den Ermächtigten eine Anwartschaft nicht in Frage kommen, da die Wirkungen des Geschäftsabschlusses in der Person des Vertretenen eintreten. Was aber den Vertretenen betrifft, so erfüllt er durch die Erteilung der Vollmacht kein Tatbestandsmerkmal des besonderen Tatbestandes, sondern er schafft nur die Möglichkeit, durch Handlungen des Vertreters berechtigt zu werden, deshalb hat die bloße Bevollmächtigung für den Vertretenen keine Anwartschaft zur Folge. Eine solche entsteht erst, wenn der Vertreter ein besonderes Tatbestandselement verwirklicht, wenn er also z. B. einem Dritten eine Vertragsofferte erteilt.

3. Auch aus der Ermächtigung im technischen Sinn allein entspringt noch keine Anwartschaft (sofern natürlich der Rechtserfolg dessen Herbeiführung durch die Ermächtigung bezweckt wird, überhaupt ein Rechtserwerb ist). Zwar wird durch die Erteilung der Ermächtigung ein Tatbestandselement erfüllt, dessen Verwirklichung Bedingung ist für die Herbeiführung des erstrebten Rechtserfolges, also für den Erwerb des Rechts (etwa auf Grund der Anweisung für den Erwerb des Eigentums durch den Anweisungsempfänger, oder bei der Kreditanweisung für den Erwerb der Forderung durch den Angewiesenen gegen den Anweisenden [1]). Aber die Ermächtigung

[1]) Tuhr, Anweisung S. 30, führt aus: „Der Assignatar kann mit größerer oder geringerer Sicherheit darauf rechnen, daß die Anweisung honoriert wird und diese Erwartung, die einen bedeutenden tatsächlichen Wert haben kann, hat er dem Anweisenden zu verdanken .....; aber diese Erwartung bleibt, solange nicht gezahlt oder akzeptiert ist eine spes acquirendi ...“ Diese ist jedoch keine Anwartschaft, sondern eine rein faktische, durch die Anweisung motivierte Rechtshoffnung.

kann, ebenso wie die Bevollmächtigung, nicht als ein Element des besonderen Tatbestandes angesehen werden.

4. Bei der Frage, ob aus den sog. ermächtigenden Verträgen zu Gunsten Dritter — siehe Exkurs — eine Anwartschaft entspringt, sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Es kann sein, daß der Dritte zunächst aus dem Vertragsabschluß zwischen A B noch nicht berechtigt wird, die Leistung zu verlangen, daß er aber später einen solchen Anspruch erhält. Ein Beispiel hierfür ist der § 331 BGB.: „Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers". Hier hat der Dritte unmittelbar aus dem Vertragsabschluß zwischen A B eine Anwartschaft auf die ihm zukommende Forderung erhalten. Denn der Vertragsabschluß A B bedeutet hier die Tatbestandserfüllung jener Norm, deren Rechtserfolge dem Dritten das Recht gewährt, wenn noch eine weitere Voraussetzung, nämlich der Tod des Prommissars eintritt[1]).

b) Anders dagegen ist es, wenn der Dritte aus dem Vertrag zu seinen Gunsten keinen Anspruch erwirbt, sondern ein Recht erst erhält, sofern der Promittent seine Verbindlichkeit erfüllt und die versprochene Sache dem Dritten übereignet. Hier erhält der Dritte aus dem Vertragsabschluß A B keine Anwartschaft. Denn das Recht, das der Dritte durch die Übereignung der zu liefernden Sache an dieser Sache erhält, beruht nicht auf dem obligatorischen Vertrag, sondern auf der Übereignungsnorm. Und durch den Abschluß des obligatorischen Vertrags zwischen A B wird ein Tatbestandselement

[1]) So namentlich auch bei der Fremdenversicherung. Daß hier ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt, vgl. Kisch in „Recht" 1913, S. 318 ff.

Vielfach wird auch beim Frachtvertrag ein berechtigender Vertrag zu Gunsten Dritter angenommen (Vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 180 ff; Staub, § 425 Anm. 15, § 434, Anm. 1) aus dem für den Empfänger der Ware gemäß § 435 HGB nach Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung das Recht entspringt, die Herausgabe der Ware im eigenen Namen zu verlangen. Es besteht somit vor der Ankunft der Ware am Bestimmungsort eine Anwartschaft auf diesen Herausgabenanspruch des Empfängers und diese Anwartschaft wird von verschiedenen Autoren für pfändbar erklärt. So bemerkt z. B. Staub § 435 Anm. 1 „Wenn auch das Recht des Empfängers erst mit der Ankunft des Gutes am Ablieferungsort zur Entstehung gelangt, so ist es doch schon pfändbar, bevor das Gut den Ablieferungsort erreicht hat. Denn auch das Recht des Empfängers gründet sich auf den Frachtvertrag. Es ist daher wie ein bedingtes Recht zu behandeln".

Scharf von dieser Anwartschaft zu trennen ist die Anwartschaft des Empfängers auf das Eigentum an der Ware. Während die Anwartschaft des Empfängers auf den Herausgabeanspruch aus dem Frachtvertrag entspringt §§ 328 BGB, 435, HGB, beruht die Anwartschaft auf das Eigentum an der Ware auf dem § 929 BGB. Denn durch die Absendung der Ware ist der Lieferant in die Erfüllung des besonderen Tatbestandes des § 929 BGB. eingetreten, durch dessen vollständige Verwirklichung das Eigentum gewährt wird. Es bestehen somit während des Rollens der Ware zwei getrennte Anwartschaften, nämlich eine gerichtet auf den Herausgabeanspruch, die andere gerichtet auf das Eigentum an der Ware. Wegen der Frage der Übertragbarkeit und Pfändbarkeit dieser Anwartschaften ist wieder auf die rechtliche Behandlung der Anwartschaft zu verweisen.

dieser Norm nicht erfüllt. Eine Anwartschaft erhält der Dritte in diesen Fällen erst, sofern ein Element des besonderen Tatbestandes der Übereignungsnorm erfüllt ist, also wenn z. B. die Offerte zur dinglichen Einigung ergangen ist.

V. Schließlich ist noch kurz das Verhältnis der Anwartschaft zu den Schutzvorschriften zu betrachten, die im Gesetz zu Gunsten der Anwartschaften enthalten sind. Untersucht man die einzelnen Fälle, so ergibt sich hierbei ein zweifaches Verhältnis: Gewisse Schutzvorschriften finden schon auf Grund der bloßen Existenz einer Anwartschaft Anwendung, andere Bestimmungen werden zu Gunsten des Anwärters erst dann wirksam, wenn zur Anwartschaft noch ein weiterer Umstand hinzutritt. Dabei zeigt sich wenigstens dem Grundsatz nach, daß jene Schutzmaßnahmen, die dem Anwärter auf Grund der bloßen Existenz der Anwartschaft zustehen, keine subjektiven Rechte sind, vielmehr erschöpft sich ihr Inhalt hauptsächlich in der Festsetzung einer Gebundenheit des Anwärters. So z. B. die §§ 130 Abs. 2, 145, 153, 161, 162, 185 Abs. 2 Satz 2, 331 Abs. 2, 573, 873 Abs. 2, 2113 BGB. Dagegen diejenigen Bestimmungen, die dem Anwärter ein subjektives Recht verleihen, finden regelmäßig zu Gunstsn des Anwärters erst Anwendung, wenn zur Anwartschaft noch ein weiterer Umstand hinzutritt[1]). Und zwar handelt es sich bei diesen Rechten gewöhnlich um Sicherheits- oder Ersatzrechte, die dem Anwärter im Falle einer Störung zustehen. In diesen Fällen wird das von den einzelnen Normen abstrakt aufgestellte Recht zur konkreten subjektiven Berechtigung des Anwärters erst, wenn sozusagen ein pathologischer Zustand der Anwartschaft eintritt. In jedem Falle aber, mag das Recht sofort mit der Anwartschaft gegeben sein oder erst bei Hinzukommen eines weiteren Erfordernisses entstehen, bedeutet die Geltendmachung des Rechts nicht eine Realisierung der Anwartschaft, sondern das Recht besteht n e b e n der Anwartschaft völlig unabhängig von ihr; vielfach ist es nur ein Surrogat für die Anwartschaft. Das Wesen der Anwartschaft erschöpft sich in der Rechtsbeziehung, die besteht zwischen dem Anwärter und der zu Grunde liegenden rechtsgewährenden Norm, wonach diese Norm Anwendung findet auf die Person des Anwärters, wenn der restliche Teil des Tatbestandes erfüllt wird. Ist nun die Anwartschaft durch besondere Schutzvorschriften geschützt, so bedeutet das lediglich eine quantitative Steigerung dieser Rechtsbeziehung, dagegen wird ein qualitativer Unterschied nicht begründet. Auch die unentziehbare Anwartschaft ist ihrem Wesen nach nur eine Rechtsbeziehung des Anwärters zu dem bevorstehenden Recht, ebenso wie die Anwartschaft eines Erben oder eines Ersitzenden, die jederzeit wieder vereitelt werden kann. Ein Unterschied besteht nur in der Sicherheit des Rechtserwerbs, nicht aber in der rechtlichen Struktur der Anwartschaft[2]).

[1]) Einzelne Ausnahmen von dem oben aufgestellten Prinzip sind zu Gunsten des Nacherben enthalten in den §§ 2116, 2118, 2121, 2123 BGB.

[2]) T u h r, Allgemeiner Teil, I, S. 182 sagt: „Anwartschaften von einem gewissen Grad der Sicherheit kann man den subjektiven Rechten zuzählen und als Wartrechte bezeichnen. Zwar fehlt dem A vorerst noch die aktuelle

VI. Von diesem Standpunkt aus erscheint es auch als unrichtig, von einer dinglichen oder obligatorischen Anwartschaft zu sprechen[1]). Ob ein Recht ein absolutes, ein relatives oder ein Gestaltungsrecht ist, das ergibt sich aus dem Inhalt des Rechts. Maßgebend ist die besondere Art der Machtfälle, die durch die Anwendung einer rechtsgewährenden Norm im konkreten Einzelfall dem dadurch subjektiv Berechtigten verliehen wird. Der Inhalt einer Anwartschaft wurde konstruiert als jene Beziehung des Anwärters zu der rechtsgewährenden Norm, kraft deren diese auf den Anwärter Anwendung finden wird, falls die noch ausstehenden Tatbestandselemente verwirklicht werden. Von dem Gestaltungsrecht wurde die Anwartschaft schon von oben unterschieden. Sie entspricht ihrem Wesen nach aber ebensowenig einem absoluten oder relativen Recht. Sie unterscheidet sich vielmehr wesentlich von diesen beiden Rechtskategorien dadurch, daß dem Anwärter auf Grund der bloßen Anwartschaft jede Willensherrschaft fehlt. Während der Forderungsberechtigte gegen den Schuldner vorgehen kann, während dem dinglich Berechtigten die Herrschaft über die seinem Recht unterworfene Sache zusteht, kann der Anwärter auf Grund seiner Anwartschaft gar nichts unternehmen. Er hat weder eine vom Recht verliehene Macht, die sich gegen eine Person richtet, noch steht ihm eine solche gegen ein bestimmtes Objekt zu.

Die Anwartschaft als solche ist entsprechend ihrer dargelegten rein formalen Struktur vollkommen farblos. Aus ihr allein läßt sich niemals beurteilen, welches Recht in Aussicht steht. Die Anwartschaft, die auf ein dingliches Recht gerichtet ist, ist ihrem Wesen nach vollkommen gleich mit der Anwartschaft auf ein relatives

---

Willensherrschaft, die ihm erst nach Erwerb des definitiven Rechts zusteht, aber schon die Erwerbsaussicht ist mehr oder minder geschützt und, was für den Begriff des subjektiven Rechts charakteristisch ist, der Rechtsschutz der Anwartschaft ist vom Willen des A abhängig, in sein Ermessen gestellt".

Dagegen ist einzuwenden, daß der bedingte Forderungsberechtigte einen klagbaren Anspruch erst dann erhält, wenn eine Verletzung im Sinne des § 160 BGB. eingetreten ist. In diesem Fall ist er aber nicht mehr Anwärter, sondern Berechtigter. Aber selbst wenn der Anwärter auf künftige Leistung klagt, so bedeutet die Geltendmachung dieses „Klagerechts" nicht die Realisierung der Anwartschaft, sondern die Möglichkeit einer Klage auf künftige Leistung besteht neben der Anwartschaft auf Grund der § 257 ff. ZPO. Auf Grund der bloßen Anwartschaft dagegen hat der Anwärter in keiner Weise eine Willensmacht.

[1]) So namentlich Tuhr, Allgemeiner Teil, I, S. 217, II: „Will man die Unterscheidnng von absoluten und relativen Rechten auf die Anwartschaft anwenden, so kann eine Anwartschaft als künftiges Recht immer nur den Charakter haben, der dem Vollrecht zukommt. Die Anwartschaft auf Erwerb einer Forderung ist daher den relativen Rechten zuzuzählen; ein Recht gegen Dritte kann dem künftigen Gläubiger so wenig zustehen, wie dem gegenwärtigen Gläubiger. Dagegen hat die Anwartschaft auf Erwerb eines Rechts absolute Natur. Allerdings kann die dingliche Anwartschaft, weil sie ein unfertiges Recht ist, durch verschiedene Umstände, bisweilen auch durch Verfügungen des Vorberechtigten (z. B. des Vorerben nach § 2112 BGB.) vereitelt werden. Ist das nicht geschehen, so kann der Anwärter sein Recht, sobald es entstanden ist, gegen jeden Dritten geltend machen, der Nacherbe z. B. mit Eintritt des Nacherbfalles § 2139, „einen Nachlaßgegenstand vindizieren". Hiergegen vgl. jedoch die obigen Ausführungen.

Recht oder auf ein Gestaltungsrecht, oder auf eine subjektive Pflicht. Ihr juristischer Kern ist nur jene Beziehung, die mit Erfüllung eines gewissen Teiles des Tatbestandes eintritt, und, wenn einmal entstanden, in ihrem Fortbestand eine gewisse Unabhängigkeit von diesem Tatbestand aufweist. Diese Beziehung kann nun mehr oder weniger durch Schutzvorschriften geschützt sein, aber ihr Wesen wird dadurch niemals geändert. Will man beurteilen, welches Recht sich aus der Anwartschaft ergibt, so kann dies weder aus den Schutzvorschriften, noch aus der Anwartschaft selbst entnommen werden. Vielmehr ist zur Beantwortung dieser Frage zurückzugreifen auf die schon erfüllten Tatbestandselemente und erst aus diesen kann in Verbindung mit den noch ausstehenden Tatbestandsstücken ersehen werden, zu welchem Recht die Anwartschaft führt. Die Beantwortung dieser Frage ist somit vollkommen unabhängig von der Existenz oder Nichtexistenz einer Anwartschaft; oder umgekehrt, aus der Anwartschaft ist hinsichtlich der Natur des entstehenden Rechts nichts zu entnehmen. Aus diesem Grunde kann auch nicht von einer dinglichen oder obligatorischen Anwartschaft gesprochen werden, sondern je nach der Natur des in Aussicht stehenden Rechts ist nur die Unterscheidung einer Anwartschaft auf ein absolutes oder relatives Recht gerechtfertigt [1]).

§ 4. Anwartschaften sind keine subjektiven Rechte.

Das Ergebnis, daß Anwartschaften keine subjektiven Rechte sind, folgt aus den bisherigen Ausführungen eigentlich schon von selbst [2]). Es sollen hier nur noch die einzelnen Gesichtspunkte zusammengefaßt und der Unterschied der Anwartschaft gegenüber der subjektiven Berechtigung dargestellt werden.

Wie oben im I. Abschnitt § 1 dargelegt, ist unter Recht im subjektiven Sinn zu verstehen die konkrete Anwendung einer abstrakten berechtigenden Rechtsnorm auf eine bestimmte Person.

Es entsteht also für eine bestimmte Person dann ein subjektives Recht, wenn die in der rechtsgewährenden Norm ausgesprochenen Befugnisse einer Person im konkreten Fall zur Verfügung stehen, sodaß sie von dieser Person ausgeübt werden dürfen. Das subjektive Recht bedeutet somit eine Relation der einzelnen Norm zu einer bestimmten Person und in dieser Hinsicht besteht kein Unterschied

[1]) Diese Erkenntnis ist sehr wesentlich für die praktische Behandlung der Anwartschaften. Hat beispielsweise die Übertragung einer auf ein dingliches Recht gerichteten Anwartschaft nach den Grundsätzen der §§ 929 ff. zu erfolgen oder ist sie entsprechend den § 413 BGB vorzunehmen? Wie steht es ferner mit dem Schutz des § 823 I BGB., der nach der herrschenden Lehre nur auf absolute Rechte Anwendung findet? Oder nach welchen Bestimmungen ist eine Pfändung der Anwartschaften zu vollziehen? Die Lösung dieser Fragen wird wesentlich dadurch beeinflußt, ob man auch schon der Anwartschaft dingliche oder relative Natur beilegt.

[2]) Im Ergebnis übereinstimmend, daß Anwartschaften keine subjektiven Rechte sind, Oertmann, Zur Struktur der subjektiven Rechte, S. 160. Anders dagegen die herrschende Lehre, die die Anwartschaften von einem gewissen Grad der Sicherheit ab, namentlich aber die unentziehbaren Anwartschaften den subjektiven Privatrechten zuzählt.

gegenüber der subjektiven Pflicht. Denn auch diese ist nur dann gegeben, wenn eine verpflichtende Rechtsnorm in concreto Anwendung findet auf eine Person, die um deswillen verpflichtet wird.

Nach der im Privatrecht herrschenden und auch hier zugrunde gelegten Auffassung ist der Unterschied zwischen subjektivem Recht und subjektiver Pflicht nicht ein formaler, sondern ein normeninhaltlicher. Es muß nämlich die Norm, die durch ihre konkrete Anwendung ein subjektives Recht verleiht, eine besonders qualifizierte Norm sein, nämlich sie muß derjenigen Person, auf die sie Anwendung findet, eine Machtsellung, eine Willensmacht verleihen. Fehlt diese, dann liegt eine subjektive Berechtigung nicht vor. Daraus folgt, daß die bloße Existenz eines Normenschutzes das geschützte Gut noch nicht zu einem subjektiven Recht erhebt. Vielmehr kann in diesem Falle ein solches nur aus der schützenden Norm abgeleitet werden, wenn diese in concreto Anwendung findet. Dieses Recht ist aber völlig verschieden von dem Objekt des Schutzes. Insbesondere stellt die durch Schutzvorschriften geschützte Position um deswillen noch keine Willensmacht dar. Auf Grund der bloßen Existenz von Schutzvorschriften ist die geschützte Person zu gar nichts befugt. Zu einem subjektiven Recht wird die Position erst, wenn sie unabhängig von dem daneben bestehenden rechtlichen Schutz von sich aus der Person eine Macht verleiht.

Bei der Anwartschaft fehlt das wesentliche Merkmal einer subjektiven Berechtigung. Die Anwartschaft wurde dargestellt, als jene Beziehung des Anwärters zu einer rechtsgewährenden Norm, kraft deren diese Norm dem Anwärter zur Verfügung stehen wird, wenn der restliche Tatbestand erfüllt wird. Und diese Beziehung wurde als Inhalt einer innerhalb der Tatbestandskette implicite enthaltenen Rechtsfolge aufgefaßt. Insoferne findet zwar auch hier ein Rechtsatz in concreto Anwendung auf eine bestimmte Person. Es findet nämlich die Rechtsfolge, welche die als Anwartschaft bezeichnete Beziehung einer Person zu der zu Grunde liegenden rechtsgewährenden Norm enthält, Anwendung auf die Person des Anwärters. Demgemäß besteht auch in dieser formalen Hinsicht kein Unterschied zwischen der Anwartschaft und dem subjektiven Recht oder der subjektiven Pflicht. Vielmehr haben diese drei Fälle gemeinsam, daß eine bestimmte Norm in concreto Anwendung findet.

Dagegen besteht ein grundlegender Unterschied in dem Inhalt jener Rechtsfolge, welche die Berechtigung zum Ausdruck bringt gegenüber jener, durch die die Anwartschaft verliehen wird. Das Kennzeichen der Berechtigung, die Willensmacht, fehlt dem Anwärter vollständig. Dem Berechtigten steht ein konkretes Handelndürfen zu. Er kann aus sich herausgehen und gegen das seinem Recht unterworfene Objekt einschreiten. Der Anwärter dagegen darf auf Grund der bloßen Anwartschaft gar nichts. Wenn insbesondere die Herbeiführung des subjektiven Rechts nur noch abhängig ist von einer Potestativbedingung, die der Anwärter erfüllen kann, so ist das nicht eine Willensmacht, die dem Anwärter „auf Grund seiner Anwartschaft“ zustünde, sondern eine rein faktische Möglichkeit. Vgl. hiezu die Ausführungen oben S. 22 f.

Dieser große Gegensatz zwischen Anwartschaft und Berechtigung wird auch nicht dadurch überbrückt, daß die Anwartschaft zu einer unentziehbaren geworden ist, wie etwa die befristete Forderung, oder die Anwartschaft des Nacherben, wenn die Hinterlassenschaft schon dem Vorerben angefallen ist. Ihre juristische Struktur wird durch die Unentziehbarkeit nicht berührt. Der Anwärter ist auf Grund einer unentziehbaren Anwartschaft ebenso wenig befugt, in irgend einer Weise aus sich herauszugehen, wie etwa der Ersitzende, dessen Anwartschaft jederzeit wieder zerstört werden kann. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß manche Anwartschaften einen starken rechtlichen Schutz genießen. Soweit diese Schutzvorschriften erst platzgreifen, wenn die Anwartschaft gestört wird, soweit sind auch sie noch keine subjektiven Rechte. Soweit jedoch solche Berechtigungen dem Anwärter ohne weiteres zustehen, ist er zwar in dieser Hinsicht berechtigt, aber diese Berechtigung folgt nicht aus der Anwartschaft, sondern aus der konkreten einzelnen Schutzvorschrift. Die Existenz einer Anwartschaft ist insofern zwar Bedingung für dieses Recht, aber sie ist nicht Grundlage desselben. Es kann also auch nicht aus diesem Gesichtspunkt heraus die Rechtsnatur einer Anwartschaft abgeleitet werden.

Schließlich wird noch geltend gemacht, daß die Anwartschaft deshalb ein Recht sei, weil sie vielfach wie ein solches behandelt werde. Es gebe z. B. Anwartschaften, die übertragbar, vererblich, pfändbar seien. Doch auch diese Argumentation kann nicht als durchschlagend bezeichnet werden; denn mit gleichem Rechte läßt sich durch argum.e contrario das Gegenteil behaupten. Was die Übertragbarkeit, die Vererblichkeit, die Pfändbarkeit betrifft, so ist diese keineswegs ein allgemeines Kriterium eines Rechts. Es gibt zahlreiche Rechte, denen diese Fähigkeit nicht zusteht. Andererseits gibt es andere übertragbare oder vererbliche Rechtspositionen, die kein Recht sind, so der Besitz. Und in der Tat, was die rechtliche Behandlung der Anwartschaft betrifft, so halte ich es für richtiger, sie aus der Natur der Anwartschaft abzuleiten. Es scheint mir auch im Gegensatz zur herrschenden Lehre (soweit überhaupt von einer solchen gesprochen werden kann) eher die Ansicht gerechtfertigt, daß gerade die besonderen Vorschriften, die auf die rechtliche Behandlung der Anwartschaft Bezug haben, darauf hinweisen, daß Anwartschaften keine subjektiven Rechte sind. Denn wäre die Anwartschaft selbst schon ein Recht, dann müßten die für die Rechte geltenden Vorschriften ohne weiteres entsprechende Anwendung finden.

Sieht man endlich von allen juristisch-theoretischen Erwägungen ab, und wendet sich der Frage zu, ob sich auf Grund der Interessensbetrachtung eine Notwendigkeit ergibt, die Anwartschaft als subjektives Recht aufzufassen, so muß auch diese Frage verneint werden. Der Gesetzgeber ist bei der Verteilung der einzelnen Machtbefugnisse ökonomisch vorgegangen. Jedem ist in Bezug auf seine konkrete Lebensstellung — wenigstens nach der Meinung des Gesetzgebers — so viel Macht zugeteilt worden, als es vom Standpunkt der Allgemeinheit aus für den Einzelnen zur Wahrung seiner individuellen Interessen für notwendig erachtet wurde. Es ist aber

nicht einzusehen, inwiefern eine wirtschaftliche Notwendigkeit bestünde, dem Einzelnen, bevor er in den Genuß eines Rechts kommt, ein eigenes Recht auf dieses Recht zuzuteilen. Es besteht kein Grund, ein vorläufiges Recht anzuerkennen, wenn das eigentliche Recht noch nicht eingetreten ist. Soweit es allgemein die Interessen des Anwärters erforderten, ist ihnen durch Aufstellung besonderer Schutzvorschriften hinreichend Rechnung getragen. Soweit jedoch im Einzelfall die Interessenslage es erheischt, die im Gesetz nicht berücksichtigten Erwerbsaussichten dem Rechtsverkehr zugänglich zu machen und mit der staatlichen Rechtsgarantie zu versehen, ist es Aufgabe der praktischen Behandlung der Anwartschaften, hier ausgleichend zu wirken.

Schlußwort.

Im Vorhergehenden wurde der Versuch unternommen, die Anwartschaft als Rechtsbegriff zu erfassen und dem gesamten Rechtssystem einzuordnen. Dabei konnte es nicht erspart werden, die Gedankengänge ab ovo zu entwickeln. Namentlich die Frage, wo die Grenze zwischen Anwartschaft und subjektivem Recht läuft, führte dazu, im ersten Abschnitt Untersuchungen elementarster Art anzustellen. Die Ergebnisse dieser Arbeit scheinen prima facie nicht viel Neues zu bringen und es wird sich daher dem Leser die Frage aufdrängen: Waren denn alle diese formal-theoretischen Betrachtungen notwendig für die Klärung des Anwartschaftsproblems? — Der Wert dieser Untersuchung wird freilich erst bei der praktischen Behandlung der Anwartschaften ersichtlich werden. Dort wird sich aber auch zeigen, daß es unerläßlich war, den Anwartschaftsbegriff zunächst rein theoretisch zu erfassen und abzugrenzen. Wurde ja gerade diese Untersuchung durch die höchst praktische Frage der Leihmöbelpfändung veranlaßt. Bei der Behandlung der Anwartschaft wird sich auch zeigen, daß die Betonung der scheinbar selbstverständlichen Ergebnisse doch nicht ganz überflüssig war. Man vergleiche etwa, um nur einen Beleg anzuführen, die zahlreichen Theorien über die Leihmöbelpfändung, die schon hinsichtlich des Objektes der Pfändung die widersprechendsten Behauptungen aufstellen. Aber auch der Streit über die Durchführung der Pfändung im Einzelnen zeigt nur zu deutlich die Unklarheit über die einzelnen zugrunde liegenden Rechtsbegriffe — oder auch die ungerechtfertigte Inkonsequenz, sofern die Grundlagen als selbstverständlich erscheinen —. Was von der Pfändung im besonderen gesagt wurde, das gilt für alle rechtlichen Dispositionen, denen die Anwartschaft zugänglich ist. Deshalb schien der Versuch geboten, den Anwartschaftsbegriff zunächst allgemein dogmatisch festzulegen.

Es wird vielleicht noch gegen diese Untersuchung eingewendet werden, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Lebens nicht berücksichtigt seien. Dagegen wäre indes zu erwidern, daß die wirtschaftliche Betrachtung der Anwartschaften hier keineswegs völlig ausgeschaltet wurde, wenn sie auch nicht besonders hervor-

gehoben ist. Andrerseits ist die Interessenslage im Einzelfall viel zu verschieden, als daß sie jeweils hätte für die Aufstellung des Begriffes hätte verwertet werden können. Es wurde auch gerade aus diesem Grund die Anwartschaft rein formal konstruiert. Den einzelnen Interessen ist vielmehr bei der praktischen Behandlung der Anwartschaft im Einzelfall gebührend Rechnung zu tragen. Diese soll in einer späteren Abhandlung dargestellt werden.

Möge bis dahin der Anwartschaftsbegriff durch Gegenüberstellung anderer Meinungen eine weitere Klärung erfahren!

Exkurs.

Die Ermächtigung, Bevollmächtigung und Zustimmung in ihrem Verhältnis zueinander und die sog. ermächtigenden Verträge zu Gunsten Dritter.

Das Gesetz gebraucht die Bezeichnung Ermächtigung[1]) in sehr verschiedener Weise. Versucht man die einzelnen Fälle unter einheitlichen Gesichtspunkten zusammenzufassen, so ergeben sich folgende drei Gruppen verschiedener Anwendungsfälle:

1. Zunächst ist das Wort Ermächtigung verwendet in synonymer Bedeutung mit Zustimmung im Sinn der §§ 182 ff. BGB.[2]). Es handelt sich hier um jene Fälle, in denen bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zur Willenserklärung eines Kontrahenten noch die Erklärung eines anderen hinzutreten muß, damit die Rechtswirkung eintritt. Diese Erklärung des Anderen wird als Ermächtigung bezeichnet. In diesem Sinn ist das Wort Ermächtigung verwendet in den §§ 112, 113 BGB., in denen der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder zum Abschluß eines Dienst- oder Arbeitsvertrages ermächtigen kann, wodurch der Minderjährige für diesen Geschäftsbereich unbeschränkt geschäftsfähig wird. Das gleiche gilt von der Ermächtigung des § 1348 BGB, wonach ein Ehemann, dessen Frau sich einem Dritten gegenüber zu einer persönlichen Leistung verpflichtet hat, das Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann, wenn er vom Vormundschaftsgericht hiezu ermächtigt worden ist. Hierher ist auch der Fall des § 2209 BGB. zu rechnen, wonach ein Testamentsvollstrecker, dem lediglich die Verwaltung des Nachlasses übertragen ist, im Zweifel auch als ermächtigt gilt, unbeschränkt Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen[3]).

2. Weiter findet sich das Wort Ermächtigung gleichbedeutend mit Vollmacht verwendet. So z. B. in dem § 370 BGB., demzufolge

[1]) Vgl. Literatur: Ludewig, Ermächtigung; Enneccerus B R I § 175; Mitteis Stellvertretung S. 201 ff; Jung in Jhb. Jhb. Bd. 69 S. 82 ff.; Tuhr III S. 211 ff. Derselbe Anweisung; derselbe, unwiderrufliche Vollmacht; Biermann, Zur Lehre von der Vertretung; Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht; Rümelin, das Handeln in fremden Namen; Laband, Stellvertretung; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte u. a. m.

[2]) In der Literatur wird gewöhnlich nur diese Bedeutung hervorgehoben. So identifiziert z. B. Tuhr III S. 211 die Ermächtigung mit Zustimmung, Genehmigung, Erlaubnis. Enneccerus, I § 175, Ia—d ist zwar bestrebt, die Ermächtigung als einen besonderen Rechtsbegriff darzustellen, und versteht darunter die Möglichkeit, „durch ein im eigenen Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft auf das Vermögen des Ermächtigten einzuwirken". Aber er stellt als Beispiel solcher Ermächtigung die Zustimmung zu einer Verfügung durch einen Nichtberechtigten und die Ermächtigung aus der Anweisung nebeneinander.

[3]) In diesen Zusammenhang gehören auch die §§ 37; 2199 BGB.

der Überbringer einer Quittung als ermächtigt gilt, die Leistung zu empfangen [1]). Ebenso in den §§ 714, 715 BGB. Diesen Vorschriften gemäß ist ein Gesellschafter im Zweifel ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, soweit ihm nach dem Gellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht [2]).

3. Endlich wird die Bezeichnung Ermächtigung in einer Bedeutung gebraucht, in der sie der Vollmacht gegenübertritt. Während nämlich der Bevollmächtigte seine rechtsgeschäftliche Erklärung gemäß § 164 BGB. im Namen des Vertretenen abgeben muß, damit die Rechtswirkung seiner Willenserklärung in der Person des Vertretenen eintritt, hat die Ermächtigung in dieser letzteren Bedeutung zur Folge, daß der Ermächtigte eine Rechtswirkung für einen anderen hervorrufen kann, durch Abgabe der Erklärung im eigenen Namen. Hauptbeispiel hiefür ist der § 783 BGB., der einerseits den Anweisungsempfänger ermächtigt, die Leistung im eigenen Namen bei dem Angewiesenen zu erheben, andererseits den Angewiesenen ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu zahlen.

Soll der Begriff Ermächtigung als ein selbständiger Rechtsbegriff aufgefaßt werden, wie ja in der Literatur das Bestreben besteht, so darf die Bezeichnung Ermächtigung als besonderer Begriff nur den unter Ziffer 3 angeführten Fällen beigelegt werden [3]). Es gilt nun das Wesen dieser Ermächtigung zu erfassen. Insbesondere ist der Unterschied zwischen der Ermächtigung im technischen Sinn und der oben unter Zift. 1 und 2 angeführten Ermächtigung darzustellen.

Bevor aber der Begriff Ermächtigung im technischen Sinn klargestellt werden kann, ist notwendig, zunächst das Wesen der Vollmacht zu erfassen.

Das geltende Recht geht von dem selbstverständlichen Grundsatz aus: Wenn jemand durch seine Willenserklärung eine vertragliche Verpflichtung eingeht, so richtet sich die dadurch erzeugte Pflicht gegen denjenigen, der die Verpflichtungserklärung abgegeben hat. Oder umgekehrt, wenn jemand berechtigt oder verpflichtet werden soll, so kann dies grundsätzlich nur durch ein selbst gesetztes, bezw. selbst mitgesetztes Rechtsgeschäft erfolgen. Anders ist es bei der Vertretung. Gemäß § 164 BGB. wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen

---

[1]) Von Biermann S. 93 wird der Überbringer einer Quittung als Verfüger über die Forderung aufgefaßt.

[2]) Es muß der Gesellschafter im Namen der Gesellschaft handeln, oder es muß dies wenigstens aus den Umständen ersichtlich sein, damit die Haftung der übrigen Gesellschafter begründet wird. Vgl. Staudinger, § 714 1b. Hierher gehören auch die §§ 51, 54, 56, 81, 141, ZPO, ferner die §§ 49, 54, 55, 56, 86, 79, 125 HGB. Das der Ermächtigung jeweils zu Grunde liegende interne Verhältnis ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag.

[3]) Die Gründe, warum diese Gruppe von Anwendungsfällen nicht mit den übrigen Fällen unter einen gemeinsamen Oberbegriff gestellt werden dürfen, ergeben sich aus den folgenden Ausführungen.

den Vertretenen. Das bedeutet also: Wenn der Vertreter B einen Tatbestand setzt, so hat das ausnahmsweise dieselben Rechtsfolgen, wie wenn der Vertretene A selbst diesen Tatbestand gesetzt hätte[1]). Die Rechtsfolge, die der Vertreter B durch seine Erklärung ausgelöst hat, tritt somit ein in der Person des A. Sie wird dem A zugerechnet, obgleich A keine Erklärung abgegeben hat. Andrerseits wird der Vertreter B daraus nicht berechtigt oder verpflichtet, obwohl die Verpflichtungserklärung „seine" Erklärung, d. h. die Kundgabe seines Verpflichtungswillens war. Die Stellvertretung ist somit eine Ausnahme von dem angeführten Grundsatz, daß regelmäßig nur derjenige vertraglich berechtigt oder verpflichtet wird, der die rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt. Die besondere Zurechnung bei der Stellvertretung findet aber nur statt, wenn der Vertreter „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht" handelt (§ 164 BGB). Daraus ergibt sich eindeutig das Wesen der Stellvertretung. Die Erteilung der Vertretungsmacht bedeutet demnach. Erfüllung eines Tatbestandes, dessen Rechtswirkung darin besteht, daß die Rechtsfolgen, die der Vertreter B durch seine rechtsgeschäftliche Erklärung auslöst, in der Person des Vertretenen A zur Geltung kommen. Und Stellvertretung als rechtlicher Zustand bedeutet jene rechtliche Qualifikation des Vertreters B, derzufolge die durch dessen Willenserklärung hervorgerufenen Rechtsfolgen dem Vertretenen A zugerechnet werden, wie wenn A selbst diese Erklärung abgegeben hätte.

Es erhellt daraus sofort, daß aus der Vertretungsmacht niemals eine Berechtigung zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts abgeleitet werden kann. Das Recht auf Abschluß eines Rechtsgeschäfts für den Vertretenen ist niemals eine Rechtsfolge der Bevollmächtigung. Es erscheint vielmehr das rechtsgeschäftliche Handeln des Vertreters im Rechtsinstitut der Stellvertretung als Bedingung. Der Satz: Jemand hat Vertretungsmacht, bedeutet: „Wenn" der Vertreter ein Rechtsgeschäft abschließt, dann wird der Rechtserfolg aus diesem Geschäft dem Vertretenen zugerechnet. Dagegen hat die Vertretungsmacht niemals zur Folge, daß der Vertreter auf Grund der erteilten Vertretungsmacht zum Abschluß eines Geschäfts für den Vertretenen berechtigt sei[2]).

Da sich aus der Vertretungsmacht ein Recht tätig zu werden nicht ergibt, sondern im Institut der Stellvertretung der Geschäftsabschluß Voraussetzung, bloße Bedingung ist für die Herbeiführung jener der Vertretung spezifisch eigenen Rechtswirkung, muß neben der Bevollmächtigung ein besonderer Tatbestand erfüllt werden, der zur Folge hat, daß die Erfüllung dieser Bedingung zum Recht und zur Pflicht gemacht wird. Das Rechtsverhältnis, durch das diese Pflicht oder das Recht begründet wird, heißt Grundverhältnis.

---

[1]) Vgl. Kelsen, allgemeine Staatslehre § 43, B.

[2]) Sehr angreifbar erscheint die Formulierung des § 86 HGB, wonach ein Handlungsagent zur Bewilligung von Zahlungsfristen dann „befugt ist", wenn ihm die „Ermächtigung hiezu" erteilt ist. Aus der Erteilung der Ermächtigung ergibt sich niemals eine solche Befugnis.

Dieses ist bei der Bevollmächtigung ein vertraglich geschaffenes (Auftrag, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag) bei der gesetzlichen Vertretung eine auf Gesetz beruhende Berechtigung oder Verpflichtung (z. B. das Recht des Vaters gegenüber dem Kind, § 1363 BGB; das Recht des Vormundes gegenüber dem Mündel, § 1793 BGB).

Aus dem Gesagten ergibt sich der begriffliche Gegensatz zwischen Grundverhältnis einerseits und der Vertretungsmacht andererseits. Während es die Vollmacht nur zu tun hat mit der besonderen Art der Zurechnung des aus der Vertreterhandlung entspringenden Rechtserfolges, wird durch das Grundverhältnis das Recht und die Pflicht geschaffen, von der Vollmacht Gebrauch zu machen. Insofern hat die Vertretungsmacht eine nur formale Bedeutung.

Das zeigt sich besonders in jenen Fällen, in denen zwar eine Vollmacht besteht, aber das Grundverhältnis nicht gegeben ist. Solche Fälle sind durchaus nicht selten[1]) und können in verschiedener Weise vorkommen. Z. B. jemand beauftragt einen Minderjährigen zur Vornahme eines Geschäfts und erteilt ihm hierzu die Vollmacht. Hier ist der Minderjährige zwar bevollmächtigt worden, aber nicht ist der Auftrag zu Stande gekommen mangels Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen. Oder ein Geschäftsherr händigt vor seiner Abreise seinem Angestellten eine Vollmachtsurkunde aus oder unterzeichnet eine Quittung für eine vom Angestellten erst zu erhebende Schuld, jedoch mit der Weisung, daß der Angestellte nicht tätig werden soll, bis er (der Geschäftsherr) ausdrücklich hiezu die Anordnung erteilt. Oder ein Rechtsanwalt legt gegen ein klagabweisendes Urteil für seinen Mandanten Berufung ein, während für die Berufungsinstanz nichts vereinbart wurde. Weitere solche Fälle können eintreten bei der unwiderruflichen Vollmacht. In allen diesen Fällen hat der Vertreter die Vollmacht, dagegen besteht kein Grundverhältnis. Der Bevollmächtigte ist zwar in der Lage, rechtsgültig mit einem Dritten Verträge zu schließen, durch die sein Vollmachtgeber berechtigt oder verpflichtet wird, dagegen kann er aus der Vollmacht als solcher keine Befugnis hiezu ableiten. Wird er dennoch tätig, so handelt er seinem Herrn gegenüber als negotiorum gestor.

Diese Konsequenz wird keineswegs allgemein anerkannt, vielmehr wird hiergegen folgender Einwand erhoben: Bei der negotiorum gestio seien zwei völlig verschiedene Rechtsverhältnisse zu unterscheiden, nämlich einerseits das quasikontraktliche zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer, andrerseits das kontraktliche zwischen dem Geschäftsführer und dem Dritten. Der Geschäftsführer handle im eigenen Namen. Er wolle sich selbst verpflichten, wenn auch im Interesse des Herrn. Beim Vertreter, der ohne Auftrag tätig wird, liege der Fall anders. Der Vertreter habe nicht den Willen sich selbst zu verpflichten, sondern er verpflichte den Vollmachtgeber. Während also der negotiorum gestor zwar im Interesse des Herrn, aber im eigenen Namen tätig werde, handle der un-

[1]) Unrichtig Seeler, der in jedem Bevollmächtigungsvertrag zugleich einen Geschäftsführungsvertrag erblickt.

beauftragte Vertreter im Namen des Vertretenen. Der Vertreter selbst wolle in gar kein Rechtsverhältnis zu dem Dritten treten, sondern ein solches nur zwischen seinem Herrn und dem Dritten begründen. Deshalb könne der unbeauftragte Vertreter im internen Verhältnis auch nicht als negotiorum gestor behandelt werden.

Dieser Einwand ist jedoch nicht durchschlagend. Die Parallele zur unbeauftragten Geschäftsführung bildet das Mandat. Unter einem Mandat wird nun regelmäßig jener Vertrag verstanden, kraft dessen der Beauftragte im eigenen Namen das ihm von seinem Herrn übertragene Geschäft zu besorgen habe. § 662 BGB. In diesem Sinn findet der Auftrag Anwendung z. B. beim Kommissionär und Spediteur gemäß §§ 383, 407 HGB. Nun ist es aber allgemein anerkannt, daß ein Auftrag auch dann besteht, wenn der Beauftragte im Namen des Auftraggebers für diesen tätig werden soll und das ist gerade der Fall, wenn der Auftrag in Verbindung mit einer Vollmacht erteilt wird. Der Auftrag bezieht sich auf das Tätigwerden, die Vollmacht auf die besondere Art des Tätigseins, nämlich mit Wirkung gegenüber dem Vertretenen. Hier wird kein Bedenken erhoben, das Grundverhältnis als Auftrag zu bezeichnen, obgleich auch gegenüber dem allein stehenden Auftrag der gleiche Unterschied besteht, wie er oben dargestellt ist. Auch hier entsteht bei Ausführung des Auftrags nicht ein Rechtsverhältnis des Beauftragten gegen den Dritten, wie etwa beim Kommissionär, sondern das externe Verhältnis kommt sofort in der Person des Auftraggebers zustande. Dennoch wird im internen Verhältnis der Vertreter als Beauftragter bezeichnet und behandelt. Ist das aber einmal beim Auftrag so, dann kann für die negotiorum gestio nicht eine Ausnahme gemacht werden. Es wäre m. E. inkonsequent, wollte man beim Auftrag das Zugeständnis machen, daß das Handeln im eigenen Namen kein Begriffsmerkmal sei, dies aber im Parallelfall ablehnen [1]).

Vergleicht man nun die Ermächtigung im technischen Sinn mit der Vollmacht, so zeigt sich zunächst der Unterschied, daß der Ermächtigte im eigenen Namen handelt. Demgemäß treten auch

---

[1]) Wenn nun der Bevollmächtigte gegen ein Verbot seines Herrn handelt, so ist zu prüfen, ob dieses Verbot nur eine einseitige Weisung des Herrn darstellt, oder ob zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten ein Vertragsverhältnis gerichtet auf Unterlassung bestand. Ersteres ist z. B. anzunehmen, wenn der Geschäftsherr vor seiner Abreise die Quittung unterzeichnet aber dem Angestellten die Weisung gibt, die Schuld erst in einem späteren Zeitpunkt zu kassieren. Dagegen ist eine vertragliche Unterlassungspflicht begründet, wenn etwa jemand seinem Gläubiger einen Scheck ausstellt, jedoch vor Einlösung mit der Bank vereinbart, daß der Scheck gesperrt werde. Handelt im letzteren Fall der Ermächtigte (die Bank) gegen das Verbot des Herrn, dann ist eine schuldhafte Vertragsverletzung gegeben und es entsteht Schadensersatzpflicht. Hat dagegen nur eine unverbindliche einseitige Weisung bestanden, so wird der Bevollmächtigte als negotiorum gestor tätig und es kann sein, daß trotz der Weisung der Bevollmächtigte einen Anspruch aus § 683 BGB gegen seinen Herrn erlangt.

Steht jedoch die Übernahme der Geschäftsführung seitens des Ermächtigten oder Bevollmächtigten mit dem Willen des Herrn in Widerspruch, so entsteht eine Schadensersatzpflicht des negotiorum gestors nach § 678 BGB gegenüber seinem Herrn.

hier die Rechtsfolgen der Handlung des Ermächtigten zum Teil in seiner eigenen Person ein. Nur gewisse Reflexwirkungen treffen den Erteiler der Ermächtigung. Dagegen weist die rechtstheoretische Konstruktion der Ermächtigung eine große Ähnlichkeit mit der Vertretungsmacht auf.

Um das Institut der Ermächtigung theoretisch analysieren zu können, soll ausgegangen werden von der Anweisung, bei der, wie angedeutet, eine Ermächtigung im technischen Sinn gegeben ist. Bei der Anweisung sind zu unterscheiden einerseits die Grundverhältnisse (nämlich das zwischen dem Assignanten und dem Assignaten bestehende Deckungsverhältnis und das zwischen dem Assignanten und dem Assignatar bestehende Valutaverhältnis), andrerseits die Anweisung, welche die Ermächtigungen enthält. Wie im § 783 BGB. zum Ausdruck gebracht, wird durch die Anweisung der Angewiesene ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden eine Leistung an den Anweisungsempfänger zu erbringen und der Anweisungsempfänger wird ermächtigt die Leistung im eigenen Namen zu erheben. Die Bedeutung der darin enthaltenen Ermächtigung zeigt sich sofort, wenn man die Grundverhältnisse ins Auge faßt.

Der Normalfall des Deckungsverhältnisses besteht darin, daß der Assignant beim Assignaten ein Guthaben hat (z. B. ein Bankdepositum). Aus diesem Verhältnis ist der Anweisende berechtigt, die beim Angewiesenen befindliche Sache an sich herauszuverlangen. Und der Angewiesene ist verpflichtet, die Sache an den Anweisenden herauszugeben. Der Inhalt dieser Schuld lautet also auf „Zahlung des Assignaten an den Assignanten". Nun weist der Assignant den Assignaten an, diese ihm geschuldete Leistung an den Assignatar zu erbringen. Durch diese Leistung wird der Schuldinhalt nicht geändert. Denn gemäß § 305 BGB. ist zur Änderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich. Die Anweisung ist eine einseitige Erklärung. Als solche bildet sie auch nicht etwa eine der im § 305 BGB. erwähnten Ausnahmen, durch die der Schuldinhalt einseitig geändert werden könnte. Es lautet somit der Schuldinhalt trotz der Anweisung auf „Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden". Die Rechtswirkung der Anweisung besteht nun darin, daß der Angewiesene „ermächtigt" wird, an den Assignatar zu zahlen und zwar mit der Wirkung, daß durch diese Leistung die Schuld des Assignaten gegenüber dem Assignanten erlischt. Und diese Schuld erlischt, obwohl der Angewiesene nicht dem Schuldinhalt entsprechend gezahlt hat, vielmehr im Widerspruch mit demselben die Leistung an einen Dritten erbringt. Obgleich eine „Erfüllung" nicht vorliegt, „gilt" die Leistung als solche [1]).

[1]) Vgl. Jung, S. 85: Anweisung ist also in soweit Zustimmung des Berechtigten (Anweisenden) zur Verfügung eines ohnedies Nichtberechtigten (des Dritten, Anweisungsvorweisers) über die Forderung des Anweisenden gegen den Angewiesenen". Ähnlich S. 89: „Das Wesen der Anweisung besteht also darin, daß sie unmittelbar Fremdwirkung eines Rechtsgeschäfts bewirkt . . . ."

Hat man sich diesen Entwicklungsgang klar gemacht, so ergibt sich daraus folgende Konstruktion der aus der Anweisung sich ergebenden Ermächtigung des Angewiesenen: Indem der Assignant den Assignaten anweist, an den Assignatar zu zahlen, erfüllt er damit einen Tatbestand, dessen Rechtswirkung darin besteht, daß eine Rechtshandlung des Ermächtigten (nämlich Zahlung an den Anweisungsempfänger) obwohl sie nicht tatbestandsmäßig erfolgt (durch Zahlung an den Assignatar wird die Schuld nicht entsprechend dem Erfüllungstatbestand des § 362 BGB. an den Gläubiger erbracht) dennoch rechtlich den gleichen Erfolg hat (die aus dem Deckungsverhältnis bestehende Schuld des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden erlischt infolge der Zahlung) wie wenn sie tatbestandsmäßig erfolgt wäre (wie wenn die Schuld entsprechend dem § 362 BGB. an den Assignanten selbst bezahlt worden wäre)[1]).

Bisher wurde nur davon gesprochen, daß der Assignat dem Assignanten gegenüber auf Grund des Deckungsverhältnisses etwas schuldet. Das ist nicht immer so. Z. B. bei der Kreditanweisung wird durch die Zahlung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger erst eine Schuld des Anweisenden dem Angewiesenen gegenüber begründet. Doch auch hier ist die theoretische Konstruktion der Anweisung dieselbe. Auch hier wird durch die Anweisung ein Tatbestand gesetzt, dessen Rechtswirkung darin besteht, daß eine Rechtshandlung des Angewiesenen, obgleich sie im Verhältnis zum Normalfall nicht tatbestandsmäßig vorgenommen wird, rechtlich dennoch den gleichen Erfolg hat, wie wenn sie tatbestandsmäßig erfolgt wäre.

Die gleiche Bedeutung hat die aus der Anweisung für den Anweisungsempfänger entspringende Ermächtigung. Dieser wird ermächtigt, die Leistung im eigenen Namen zu erheben, obwohl er nach dem Deckungsverhältnis weder Gläubiger noch Destinatar der Leistung ist. Und es wird durch seine Mitwirkung über eine etwaige

[1]) Diese Begriffsbestimmung deckt sich nicht mit dem „Ausschluß der Rechtswidrigkeit". Rechtswidrig ist ein Zustand oder Vorgang dann, wenn er mit dem Recht in Widerspruch steht. Unter Recht ist aber nicht zu verstehen die ganze Norm mit Bedingungssatz und Nachsatz, sondern Rechtswidrigkeit bedeutet Widerspruch mit dem in der Rechtsfolge der Norm ausgesprochenen „Werturteil", mit dem „Sollen". Das ist z. B. der Fall, wenn ein Nichtberechtigter über das Eigentum des A verfügt. Hier liegt eine Rechtswidrigkeit der Handlung vor und die Ermächtigung des Dritten durch den A zu dieser Verfügung enthält somit einen Ausschluß dieser Rechtswidrigkeit. Die Ermächtigung greift aber darüber noch hinaus. Sie hat zur Folge, daß eine nicht tatbestandsmäßige Handlung als tatbestandsmäßig gilt. Wenn z. B. bei der Kreditanweisung der Assignat an den Assignatar leistet, so ist seine Handlung, falls eine Anweisung nicht erteilt war, nicht rechtswidrig, sie erfüllt aber auch nicht den Tatbestand einer Norm, aus der eine Schuld des Assignanten gegenüber dem Assignaten entstehen könnte. Die Leistung des Assignanten an den Assignatar hat bei Fehlen der Anweisung dem Assignanten gegenüber keine Bedeutung. Wenn aber in Folge der Anweisung durch diese Leistung ausnahmsweise doch ein Schuldverhältnis zwischen den beiden genannten Personen entsteht, so bedeutet hier die aus der Anweisung sich ergebende Ermächtigung nicht Ausschluß der „Rechtswidrigkeit", sondern Ausschluß der „Tatbestandswidrigkeit".

Forderung des Assignanten gegenüber dem Assignaten verfügt, indem sie eingezogen wird; bezw. wenn eine solche Forderung noch nicht besteht, wird eine Schuld des Assignanten gegenüber dem Assignaten begründet.

Aus dieser Analyse folgt, daß aus der Anweisung als bloßer Ermächtigung ebensowenig, wie aus der Vollmacht, ein Recht oder eine Pflicht zu handeln abgeleitet werden kann. Die Ermächtigung im technischen Sinn bedeutet nur, daß durch die Erteilung der Ermächtigung ein Tatbestand gesetzt wird, dessen Rechtswirkung darin besteht, daß hier ausnahmsweise, „wenn" der Ermächtigte in der durch die Ermächtigung vorgesehenen Weise handelt, obgleich diese Handlung nicht den grundsätzlichen Vorschriften gemäß vorgenommen wird, dennoch die gleiche Rechtsfolge eintritt, wie wenn die Rechtshandlung diesen Tatbeständen entsprochen hätte. In sofern kann man auch die Bedeutung der Ermächtigung als eine formale bezeichnen und zwar formal deshalb, weil durch die Ermächtigung nur die besondere Art und Weise des rechtsgeschäftlichen Handelns, das den allgemeinen Prinzipien gegenüber abweicht, sanktioniert wird[1]). Es ist also auch hier wie bei der Vollmacht das Handeln des Ermächtigten Bedingung für den Eintritt des der Ermächtigung spezifischen Rechtserfolges. Wenn aber die Erfüllung dieser Bedingung sichergestellt werden soll, so daß es nicht mehr dem freien Ermessen des Ermächtigten unterliegt, ob er handeln will oder nicht, so muß auch hier durch Setzung eines neuen, außerhalb der Ermächtigung liegenden Tatbestandes die Verwirklichung für den Ermächtigten zur Pflicht gemacht werden. Während dies bei der Vollmacht durch das Grundverhältnis geschieht, erfolgt dies bei der Anweisung gemäß § 784 BGB durch die Acceptation der Anweisung von dem Angewiesenen. Und wenn auch der Anweisende selbst eine Gewähr dafür haben will, daß der Angewiesene seine Anweisung vollzieht, so hat das durch einen besonderen Vertrag zu geschehen, wodurch der Assignant den Assignaten zur Acceptation verpflichtet.

Aus dieser Analyse ergibt sich noch eine andere sehr wesentliche Konsequenz. Während bisher nur betont wurde, daß durch die Bevollmächtigung oder Ermächtigung der Vertreter oder Ermächtigte im Gegensatz zur Berechtigung oder Verpflichtung eine rechtliche Qualifikation erlangt, einen Rechtserfolg „in bestimmter Weise" herbeizuführen, ist nunmehr hervorzuheben, daß jener

[1]) Vgl. Tuhr Anweisung. S. 16 ff. Tuhr erblickt jedoch in der Anweisung auch ein materiell berechtigendes Element. Er sagt: „Aber die Reaktion, die seit Salpius (gegen die Mandatstheorie) eingesetzt hat, ist zu weit gegangen, indem sie jede Verwandschaft zwischen Mandat und Anweisung in Abrede stellte und dabei übersah, daß die Anweisung keine Verpflichtung, wohl aber, wie der Auftrag, eine Befugnis erzeugt, auf Kosten des Anweisenden Aufwendungen, hier Leistungen an den Assignatar, vorzunehmen". Gegen diese Auffassung ist auf das oben gesagte zu verweisen. Eine Gegenüberstellung der „formellen Stellvertretungsbefugnis" oder der „formellen Verkehrslegitimation" gegenüber der „materiellen Berechtigung" findet sich auch am Schlusse der Ausführungen Labands S. 240 ff.; jedoch hat Laband diesen Gegensatz nicht weiter durchgeführt.

Rechtserfolg durch die genannten Rechtsinstitute nur „herbeigeführt“ werden kann. Eine andere Frage ist nämlich die, ob dieser Rechtserfolg auch „Bestand“ hat. Es ist eine bekannte Erscheinung im Gesetz, daß in gewissen Fällen Rechtsfolgen auf Grund positiver Vorschriften geschaffen werden können, daß aber gleichzeitig das Gesetz den Parteien Rechtsmittel gewährt, diesen Erfolg wieder rückgängig zu machen. Die Frage nun, ob der durch die Vollmacht oder Ermächtigung herbeigeführte Rechtserfolg Bestand hat, kann ebenso wie die Frage nach der Berechtigung oder Verpflichtung zum Handeln, niemals aus dem Wesen der Vollmacht oder Ermächtigung selbst beantwortet werden, sondern das beurteilt sich aus den besonderen Rechtsverhältnissen, die außerhalb der Vollmacht oder Ermächtigung liegen. Bei der Vollmacht ist hierfür maßgebend das Grundverhältnis, bei der Anweisung das zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger bestehende Valutaverhältnis. Diese beiden Rechtsverhältnisse sind sozusagen die rechtliche Causa für die Herbeiführung des Rechtserfolges und der Bestand des Rechtserfolges richtet sich nach ihnen. Wenn diese Verhältnisse fehlen, dann wird der Bevollmächtigte oder der Ermächtigte dem Herrn gegenüber ohne rechtlichen Anlaß tätig und er scheint ihm gegenüber als negotiorum gestor. Daher kann der Herr eventuell nach § 678 BGB. den Liberationsanspruch geltend machen. Bei der Anweisung kann der Herr diesem Anspruch gegenüber dem Anweisenden erheben, aber auch vom Anweisungsempfänger wieder die Leistung kondizieren [1])[2]).

Aus dem Vorausgehenden ergibt sich nun der Unterschied, der besteht zwischen der Ermächtigung im technischen Sinn und jener oben unter Ziff. 1 angeführten Ermächtigung, die gleichbedeutend ist mit der Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff BGB. Während sich die Ermächtigung bezieht auf die besondere Art, in der ein Rechtserfolg herbeigeführt wird, bedeutet die Zustimmungserklärung die Billigung dieses herbeigeführten Rechtserfolges. Sie bezieht sich also auf den Rechtsbestand desselben.

[1]) A. A. Tuhr, Anweisung S. 30 Note 35.

[2]) Ein weiteres Beispiel für die Verwendung des Begriffes Ermächtigung in dieser technischen Bedeutung bietet der § 887 ZPO. „Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozeßgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen“. In diesem Fall handelt der Gläubiger nicht im Namen des Schuldners, sondern im eigenen Namen, aber mit Wirkung gegenüber dem Schuldner. Hier hat die Ermächtigung die formelle Bedeutung, d. h. sie rechtfertigt die Art, in der sich der Gläubiger Befriedigung verschafft, nicht dagegen wird durch die Ermächtigung erst ausgesprochen, daß der Gläubiger Befriedigung verlangen kann. Der Befriedigungsanspruch ist vielmehr schon im Urteil gegeben.

Ebenso möchte ich die in den §§ 822, 823 ZPO. ausgesprochene Ermächtigung als eine Ermächtigung im technischen Sinn bezeichnen. Denn auch hier ist das Grundverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner im Urteil geregelt. Die Ermächtigung des Gerichtsvollziehers hat dabei nur die Bedeutung einer speziellen Sanktionierung der an sich nicht tatbestandsmäßigen Art des Handelns.

Das gilt sowohl für die Einwilligung wie für die Genehmigung. Wenn speziell bei der Genehmigung bis zu ihrer Erteilung auch die Herbeiführung des Rechtserfolges suspendiert ist, so steht das dem Gesagten nicht entgegen. Der Gedanke ist nur der, daß der Rechtserfolg, falls ein Unberechtigter, der auch nicht durch eine Vollmacht oder Ermächtigung legitimiert ist, eine Verfügung über einen fremden Gegenstand trifft, gar nicht soll herbeigeführt werden können, wenn nicht vorher die Billigung des durch diese Verfügung zu schaffenden Rechtserfolges erklärt wird [1]).

Wenn daher zu einer Verfügung die Zustimmung des Betroffenen erteilt wird, so ist dadurch der rechtliche Zustand gebilligt worden und eine nachträgliche Kondiktion ist ausgeschlossen. Das Verhältnis der Genehmigung zur Ermächtigung ist somit kein exklusives, sondern Ermächtigung und Genehmigung können sich insoferne ergänzen, als durch die erstere zunächst ein Rechtserfolg herbeigeführt wird, durch die letztere dieser Rechtserfolg nachträglich gebilligt wird. Das ist z. B. der Fall, wenn der Bevollmächtigte ohne Auftrag seines Herrn tätig geworden ist, der Herr aber nachträglich zu dem Rechtsgeschäft gemäß § 684 Satz 2 BGB. seine Genehmigung erteilt. Begrifflich jedoch können Zustimmung und Ermächtigung im technischen Sinn niemals ineinander übergehen, sondern der Gegensatz zwischen beiden Begriffen ist ein unüberbrückbarer und demgemäß sind auch beide Begriffe scharf von einander zu trennen.

Die herrschende Lehre dagegen unterscheidet nicht zwischen diesen Begriffen, sondern betrachtet die Ermächtigung als einen besonderen Fall der Zustimmung. So besonders Ludewig in seiner Abhandlung über die Ermächtigung.

Ludewig geht davon aus, daß unter Ermächtigung zu verstehen sei: „Die Erteilung der Macht im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft einzuwirken“ (S. 2). Er sagt, die gesetzliche Rechtfertigung dieser Auffassung ließe sich mit Hilfe des Grundsatzes der Überlassung der Rechtsausübung geben (S. 6). Dieser Grundsatz liege auch der Vollmacht zugrunde und gelte besonders auch hinsichtlich der Verpflichtungsermächtigung, d. h. der Ermächtigung im eigenen Namen den Ermächtigten zu verpflichten. Es handle sich in allen Fällen um Überlassung des Verwaltungsrechts. Unter Verwaltungsrecht versteht Ludewig (S. 36): „das jemand zustehende Recht, auf sein eigenes oder auf ein fremdes

[1]) Man könnte glauben, daß hier der Berührungspunkt zwischen Ermächtigung und Zustimmung liege, in dem beide Begriffe ineinander übergehen. Denn selbst wenn die Ermächtigung nicht erteilt sei, werde doch durch die Genehmigung der gleiche Erfolg erzielt. Dem ist aber nicht so. Es kann sein, daß der Erfolg, der durch eine Verfügung des unberechtigten Dritten herbeigeführt wird, dem Herrn entspricht, weshalb er seine Genehmigung erteilt. Es kann aber sein, daß gerade die Art und Weise, in der dieser Erfolg herbeigeführt wurde, nämlich durch die unberechtigte Verfügung dem Herrn geschadet hat. Hier kann der Herr aus diesem Gesichtspunkt Schadensersatzanspruch stellen, wenngleich er schließlich dem Erfolg zugestimmt hat. Denn durch die Zustimmung wird der Erfolg gebilligt, nicht das Mittel. Dieses wird nur durch die Ermächtigung sanktioniert.

Vermögen einzuwirken, namentlich in rechtsgeschäftlicher Hinsicht oder durch prozessuale Handlungen". Zum Inhalt dieses Verwaltungsrechts rechnet Ludewig u. A. die Befugnis, Verpflichtungsgeschäfte einzugehen (Verpflichtungsbefugnis), über Rechte zu verfügen (Verfügungsbefugnis), ferner die Befugnis, Rechte außergerichtlich geltend zu machen oder sie prozessual zu verfolgen (Prozeßführungsbefugnis). Auf Grund dieser Auffassung konstruiert Ludewig unter Heranziehung des deutsch-rechtlichen Treuhandprinzips die Ermächtigung als Überlassung der Rechtsausübung zu getreuen Händen des Ermächtigten, wobei die überlassene Rechtsmacht eine durch den Zweck der Ermächtigung begrenzte Ausübungsberechtigung darstellt" (S. 6).

Ludewig unterscheidet (S. 3) bei der Ermächtigung „die durch die Ermächtigung als solche geschaffene Innenbeziehung zwischen dem Ermächtigenden und dem Ermächtigten, welche eine die Widerrechtlichkeit ausschließende Erlaubnis bedeutet; ferner die Außenbeziehung zwischen dem Ermächtigenden sowie dem Ermächtigten und dem Dritten, mit dem der Ermächtigte das Rechtsgeschäft vornimmt". In dieser Außenbeziehung erscheine die Ermächtigung als rechtliches Können, als ein Vermögen zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem bestimmten Erfolg. Endlich unterscheidet er von der durch die Ermächtigung als solche geschaffenen Innenbeziehung das sog. Grundverhältnis, d. h. jenes Rechtsverhältnis, das im internen Verhältnis zwischen dem Ermächtigenden und dem Ermächtigten der Ermächtigung zugrunde liegt. Durch dieses Grundverhältnis werde eventuell für den Ermächtigten eine Pflicht zu handeln begründet, während aus der Ermächtigung als solcher eine Pflicht niemals abgeleitet werden könne.

Ludewig ist sich bei seinen Ausführungen des großen Gegensatzes, der zwischen der Ermächtigung im Sinne einer Zustimmungserklärung und der Ermächtigung in dem oben aufgestellten technischen Sinn besteht, nicht vollständig bewußt geworden. Zunächst ist gegen seine Auffassung einzuwenden, daß ein Verwaltungsrecht, wie er es annimmt, nicht besteht. Es gibt kein eigenes subjektives Recht, sich zu verpflichten oder sonst rechtswirksam zu handeln, vielmehr ist diese Fähigkeit ein Ausfluß der allgemeinen Handlungsfähigkeit[1]). Daher ist es auch nicht richtig, die Ermächtigung in jedem Fall als Überlassung der Rechtsausübung zu konstruieren. Die Bedeutung der Ermächtigung beruht vielmehr darin, daß der Ermächtigte durch Setzung eines Tatbestandes in eine Rechtslage versetzt wird, kraft deren er einen bestimmten Rechtserfolg herbeiführen kann durch eine Rechtshandlung, die mit jenen Rechtshandlungen nicht übereinstimmt, durch welche gewöhnlich dieser Rechtserfolg

[1]) Auch Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, spricht S. 88, 187 ff. von einem solchen Verwaltungsrecht. „Verwaltungsrecht" „ist das jedem Vermögenssubjekt zustehende Recht auf sein Vermögen, insbesondere durch Rechtsgeschäfte und Prozeßhandlungen einzuwirken. Seine Hauptbefugnisse sind: tatsächliche Schutzbefugnis, Besitzbefugnis, Verpflichtungsmacht, Verfügungsmacht, Überlassungsmacht, Erwerbsmacht, aktive Prozeßführungsmacht, passive Prozeßführungsmacht, letztwillige Verfügungsmacht und Empfangsmacht". Vgl. dagegen auch oben Abschnitt I S. 21, a u. Note 1.

herbeigeführt wird. Die Ermächtigung hat es also lediglich zu tun mit der besonderen Art der Auslösung einer Rechtsfolge. Es wird lediglich die als unregelmäßig erscheinende Art der Herbeiführung eines Rechtserfolges durch die Ermächtigung im voraus sanktioniert. Insofern bedeutet die Ermächtigung eine Art Legitimation des Ermächtigten. Daher ist es auch nur auf Grund dieser Ermächtigung möglich und notwendig, zwischen Ermächtigung und Grundverhältnis zu unterscheiden. Nicht möglich dagegen ist eine solche Unterscheidung, sofern Ludewig die Ermächtigung mit der Zustimmung identifiziert. Es besteht bei der Zustimmung nur ein einziges Rechtsverhältnis, nämlich das Grundverhältnis und dieses kommt zustande durch den Geschäftsabschluß plus Zustimmungserklärung. Wenn Ludewig hier dennoch zwischen Ermächtigung und dem Grundverhältnis unterscheidet, so bezeichnet er mit dem Grundverhältnis nur das Motiv, nicht aber ein eigenes Rechtsverhältnis.

Unrichtig ist es somit, wenn Ludewig aus der Ermächtigung ein Recht zu handeln ableitet. Er spricht zwar auf Seite 3 nur von einem rechtlichen Können, von einer Rechtsmacht, die durch die Ermächtigung verliehen sei. Daß aber in dieser Rechtsmacht er ein Recht auf Tätigwerden erblickt, ergibt auch aus seinen Ausführungen über das Verhältnis der Ermächtigung zur Anweisung (S. 62 ff). Er lehnt nämlich die Ermächtigung auf Seiten des Anweisungsempfängers deshalb ab, weil dieser nicht ein erzwingbares Recht auf die Leistung habe, was ihm zustehen müßte, wenn der Assignatar Bevollmächtigter oder Ermächtigter des Assignanten wäre. Wie oben dargelegt, kann aus der Ermächtigung niemals ein Recht oder eine Pflicht zu handeln abgeleitet werden, vielmehr ergibt sich beides nur aus dem Grundverhältnis. Die Ermächtigung hat lediglich Bezug auf die Frage, „wie“ ein Rechtserfolg herbeizuführen ist, nicht dagegen auf die Frage, „ob“ er verwirklicht werden soll. Würde die Ermächtigung ein Recht zur Vornahme der Handlung geben, so wäre das Innenverhältnis bedeutungslos für die Frage, ob der Ermächtigte im Einverständnis seines Herrn handelt, oder gegen dessen Willen. Denn er wäre auf Grund der bloßen Ermächtigung dazu legitimiert und berechtigt.

In diesem Zusammenhang ist auch noch zu den prinzipiellen Ausführungen Hirschs (Übertragung der Rechtsausübung) Stellung zu nehmen, soweit er seine Konstruktion, daß Übertragung der Rechtsausübung eine Vervielfältigung der Rechte bedeute, auch der Ausübungsermächtigung zugrundelegt.

Hirsch geht aus von dem Unterschied zwischen Recht und Rechtsausübung (§ 1). Er erfaßt das Recht als ein reines Abstraktum, als eine von der Rechtsordnung einer Person zugeteilte Machtstellung, kraft deren sich diese Person in bestimmter Weise verhalten dürfe. Rechtsausübung dagegen sei das konkrete Verhalten kraft des Rechts. Sie sei die Erscheinungsform des abstrakten Rechts. Das Recht sei ein Wollendürfen, die Rechtsausübung das konkrete Wollen auf Grund dieses Rechts.

Wenn nun der Eigentümer einem anderen die Verfügungsermächtigung erteilt, so seien sowohl der Eigentümer wie der Er-

mächtigte in der Lage, dieselbe Verfügung im eigenen Namen vorzunehmen (S. 173). Dadurch unterscheide sich dieser Tatbestand von der Rechtsübertragung. „Die Übertragung eines Rechts ist durch den Gedanken juristisch zu konstruieren, daß auf Grund des Übertragungstatbestandes die Rechtsordnung einem anderen erlaubt, sich so zu verhalten, wie bisher der Berechtigte sich kraft des Rechts verhalten durfte. Das Recht wird übertragen, d. h. die Erlaubnis der Rechtsordnung, daß der Berechtigte sich in bestimmter Weise verhalten darf, wird ihm entzogen und einem anderen erteilt" (S. 173). Die Übertragung der Rechtsausübung dagegen sei so zu konstruieren, „daß die Rechtsordnung auf Grund bestimmten Tatbestandes einem anderen erlaubt, sich so zu verhalten, wie auch der Berechtigte sich kraft des Rechtes verhalten darf. Die Handlungen, die bisher nur der eine vornehmen darf, dürfen jetzt beide vornehmen" (S. 174).

Hier unterscheidet Hirsch zwei Fälle: Es könne nämlich sein, daß durch die Übertragung der Rechtsausübung, bei der also im Gegensatz zur Rechtsübertragung das Rechtssubjekt nicht wechselt, der Übertragende die Ausübung des ihm verliehenen Rechts verliert. Ihm steht zwar noch das abstrakte Recht zu, sich in bestimmter Weise zu verhalten, aber er dürfe diese Rechtsmacht nicht mehr realisieren. Hirsch sagt (S. 175): „In den meisten Fällen darf nach der „Übertragung der Ausübung" der ursprünglich Berechtigte nicht mehr ausüben, nur der Erwerber darf jetzt noch ausüben. Die Ausübung ist also gewissermaßen vom ursprünglich Berechtigten weg zum Erwerber hingetragen, sie ist übertragen". Das ist z. B. der Fall, wenn nach § 1059 Satz 2 BGB. die Ausübung eines Nießbrauchs einem anderen überlassen wird. Demgegenüber stellt Hirsch jene Fälle, in denen der Berechtigte auch nach der Übertragung der Rechtsausübung das ihm verbliebene Recht selbst noch ausüben darf. Das ist der Fall, wenn der Eigentümer einem anderen die Verfügungsermächtigung erteilt.

In beiden Fällen erblickt nun Hirsch eine Vervielfältigung des Rechts. Er sagt (S. 174): „Das Recht, diese durch eine konkrete Erlaubnis der Rechtsordnung geschaffene günstige Lage einer Person, wird auf Grund eines von der Rechtsordnung vorgeschriebenen Tatbestandes durch den Willen der Rechtsordnung neben dem ursprünglich Berechtigten noch einem anderen verliehen. Dem anderen wird ein Recht gleichen Inhaltes verliehen". Es wird also das Recht des ursprünglich Berechtigten vervielfältigt. Diese Vervielfältigung des abstrakten Rechts liegt in beiden Fällen vor, nämlich sowohl in jenem Fall, in dem der ursprünglich Berechtigte sein Recht nach der Ausübungsübertragung nicht mehr geltend machen kann, wie etwa bei Herstellung eines Nießbrauches, wie auch in jenen Fällen, in denen nun beide das Recht geltend machen können, so bei der Verfügungsermächtigung. Während in beiden Fällen der ursprünglich Berechtigte sein Recht beibehält, besteht der Unterschied nur darin, daß im ersten Fall hinsichtlich des abstrakten Rechts eine Vervielfältigung vorliegt, dagegen hinsichtlich der Rechtsausübung eine Übertragung. Im letzteren Fall dagegen liegt eine Vervielfältigung

sowohl in Bezug auf das Recht als auch auf die Übertragung vor. „Durch die Übertragung der Ausübung wird also das Recht stets, die Ausübung zuweilen vervielfältigt".

Hat man sich diesen Gedankengang, der bei Hirsch S. 171 ff. nicht ganz deutlich zum Ausdruck gebracht ist, klargelegt, so ergibt sich daraus von selbst, inwiefern die Ausführungen Hirsch's auf die Verfügungsermächtigung — nur hinsichtlich dieser gelten die folgenden Erwägungen — nicht zutreffend sind. Hirsch zieht aus seiner berechtigten Unterscheidung von Recht und Rechtsausübung nicht die entsprechende Konsequenz. Es ist nicht richtig, daß deshalb dem Ausübungsermächtigten auch das abstrakte Recht zustehe, daß also das Recht des ursprünglich allein Berechtigten deshalb als vervielfältigt anzusehen sei, weil der Ausübungsermächtigte ebenso wie der Berechtigte eine Handlung vornehmen könne, die als Ausübung dieses Rechts erscheint. Die Bedeutung der Ausübungsermächtigung beruht vielmehr darin, daß ein anderer obwohl er nicht berechtigt ist, dennoch die gleiche Ausübunghandlung rechtsgültig vornehmen kann, wie der Berechtigte selbst. Es ist sehr richtig, wenn Hirsch bemerkt: „Die Übertragung der Rechtsausübung ist durch den Gedanken juristisch zu konstruieren, daß die Rechtsordnung auf Grund bestimmten Tatbestandes einem anderen erlaubt, sich so zu verhalten, wie auch der Berechtigte sich kraft des Rechts verhalten darf[1]). Daraus folgt aber nicht, daß auch der Ermächtigte eine Vervielfältigung des Rechts erhalten habe, sondern man muß sagen: Die Übertragung der Rechtsausübung (sofern unter ihr der Fall der Ermächtigung verstanden wird) bedeutet Setzung eines Tatbestandes, wonach rechtlich eine Handlung des Ermächtigten, die als Rechtsausübung erscheint, obwohl er tatsächlich gar nicht Berechtigter, d. h. Träger des zu Grunde liegenden subjektiven Rechts ist, den gleichen Erfolg hat, wie wenn er Berechtigter wäre. Es fällt somit auch die Ermächtigung zur Rechtsausübung unter die oben aufgestellte Begriffsbestimmung der Ermächtigung im technischen Sinn, wonach unter Ermächtigung zu verstehen ist die Setzung eines Tatbestandes, der zur Folge hat, daß eine Rechtshandlung des Ermächtigten, obwohl sie nicht tatbestandsmäßig erfolgt, rechtlich dennoch den gleichen Erfolg hat wie wenn sie tatbestandsmäßig erfolgt wäre. Zur tatbestandsmäßigen Rechtsausübung gehört nämlich, daß der Ausübende tatsächlich berechtigt ist, wie Hirsch S. 26 bemerkt. Dagegen ist es unrichtig, wenn er S. 75 sagt: „Das Erlaubtsein, die Rechtmäßigkeit des Verhaltens muß auf der Zuteilung des Rechts beruhen". Nicht auf der Zuteilung (Vervielfältigung) des Rechts beruht die Rechtmäßigkeit der Handlung des Ermächtigten, sondern auf der Ermächtigung als solcher, d. h. auf der Setzung jenes Tatbestandes mit der Wirkung, daß auch eine nicht tatbestandsmäßige Handlung die Rechtsfolgen einer tatbestandsmäßigen Handlung hat.

Daraus folgt, daß auch die Ermächtigung zur Rechtsausübung insofern nur formale Bedeutung hat, als der Ermächtigte zwar auf Grund

[1]) Eine eigentliche Konstruktion liegt in diesem Satz gar nicht vor, vielmehr ist daraus die rechtstheoretische Konstruktion erst abzuleiten.

der Ermächtigung in der Lage ist, materielle Rechtswirkungen herbeizuführen, als aber aus der Ermächtigung als solcher weder die Berechtigung noch die Verpflichtung zu handeln folgt. Diese ist vielmehr durch Setzung eines besonderen Tatbestandes eigens zu begründen. Bei der Ermächtigung wird jedoch praktisch der Fall am häufigsten sein, daß der Ermächtigende zugleich mit der Ermächtigung (uno aktu) seine Zustimmungserklärung im Sinne des § 185 BGB. erteilt. Er berechtigt oder verpflichtet also den Ermächtigten nicht, die Handlung vorzunehmen, sondern er billigt im voraus neben der Erteilung der Ermächtigung (die sich auf die Art der Herbeiführung des Rechtserfolges bezieht) zugleich den durch Ausübung der Ermächtigung geschaffenen Rechtserfolg. Der Ermächtigte handelt somit trotz der Zustimmung als negotiorum gestor, aber infolge der Zustimmung entspricht sein Handeln dem Willen des Herrn, sodaß er vollen Aufwendungsersatz verlangen kann.

Die Theorie Hirsch's entbehrt — soweit sie sich auf die Ermächtigung bezieht — einer positiven Rechtsgrundlage. Die Erteilung der Ermächtigung überhaupt, wie auch der Ausübungsermächtigung im besonderen, erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Durch diese kann aber ein Recht mangels positiver gesetzlicher Grundlage nicht entstehen. Wenn aber Hirsch eine Vervielfältigung des Rechts behauptet, so bedeutet das, daß für den Ermächtigten ein Recht, das er nunmehr ausüben kann, neu entsteht. Hirsch hat auch diese auf Grund seiner Theorie sich ergebende Konsequenz abgeschwächt, indem er S. 178 sagt: „Die Ausübungsberechtigungen können nur im erweiterten Sinn als Rechte bezeichnet werden" und vollständig in Abrede gestellt hat er diese Konsequenz bei der „Urform dieser Quasirechte", nämlich beim Prekarium [1]). Diese Einschränkung zeigt aber andererseits, daß auch Hirsch sich des Gegensatzes zwischen Grundverhältnis und Ermächtigung nicht vollständig bewußt geworden ist. Denn für das Wesen der Ermächtigung ist es absolut irrelevant, ob ein besonderes Grundverhältnis besteht oder nicht.

Damit dürfte nun klargestellt sein, was unter Ermächtigung im technischen Sinne zu verstehen ist. Es ist nur noch in diesem Zusammenhang die Frage zu prüfen, wie sich die Ermächtigung zu den sogenannten ermächtigenden Verträgen auf Leistung an Dritte verhält.

Der Terminus „ermächtigender" Vertrag zugunsten Dritter wurde geprägt von Hellwig auf Grund seiner Theorie, wonach der Dritte als Bevollmächtigter des Promissars die Leistung empfangen soll. Diese Ansicht ist indes nicht zutreffend. Hellwig konstruiert beim Vertrag zugunsten Dritter einen Hauptvertrag, durch den die Leistungspflicht für den Promittenten begründet wird, und einen Nebenvertrag, durch den vereinbart wird, daß die geschuldete Leistung einem Dritten erbracht werden soll (S. 47). Selbst wenn der Vertrag zugunsten Dritter und actu vereinbart wird, seien doch nach der Ansicht Hellwigs beide Verträge voneinander zu scheiden.

[1]) Hier betont Hirsch besonders, daß eine durch Übertragung der Ausübung „ohne zu Grunde liegendem Verpflichtungsgeschäft" entstehende Gefälligkeitsüberlassung bestehe.

Er sagt (S. 48): „In der Regel fehlt also, wenn wir den Nebenvertrag fortdenken, nicht etwa die Verpflichtung des Schuldners, sondern es fällt nur die besondere Art weg, in welcher deren Erfüllung in Aussicht genommen und festgesetzt war". Die Verpflichtung, an den Dritten zu leisten, ist dabei „keine Verpflichtung, welche an die Stelle der ersteren, oder neben diese tritt; vielmehr bewirkt diese Vereinbarung im Zweifel lediglich eine Modifikation der Art, in welcher jene zu erfüllen ist" (S. 47). Dieser Nebenvertrag enthält nach der Ansicht Hellwigs neben der Modifikation des Schuldinhaltes zugleich eine Bevollmächtigung des Dritten, die Leistung in Empfang zu nehmen. Den Unterschied zwischen Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter erblickt Hellwig im folgenden (S. 100): 1. in der Art, wie die Vollmacht erteilt wird; nämlich beim Vertrag zugunsten Dritter durch die Vereinbarung mit dem Promittenten, bei der Anweisung durch Erklärung an den Schuldner. 2. Beim Vertrag zugunsten Dritter ist der Schuldner nicht nur berechtigt, an den Dritten als Bevollmächtigter des Gläubigers zu zahlen, sondern dem Gläubiger gegenüber auch hierzu verpflichtet. Dagegen bei der Anweisung ist der angewiesene Schuldner nur zu leisten berechtigt und zwar sowohl dem Anweisungsempfänger gegenüber, wie auch dem anweisenden Gläubiger gegenüber. 3. Die Empfangsbevollmächtigung bei der Anweisung ist übertragbar (§ 792 BGB.), nicht aber die Empfangsvollmacht des Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter. Einen Unterschied jedoch hat Hellwig nicht angeführt, obwohl derselbe auch bei seiner Theorie besteht und zwar handelt es sich um jenen Unterschied, der nach den obigen Ausführungen grundlegend ist für das Verhältnis der Anweisung zum Vertrag zugunsten Dritter und der deshalb auch für die ganze Konstruktion dieser Verträge ausschlaggebend erscheint. Wie schon angeführt, sagt Hellwig S. 47 selbst: „Die Verpflichtung, an den Dritten zu leisten, ist keine neue Verpflichtung, welche an Stelle der ersteren oder neben dieselbe tritt; vielmehr bewirkt diese Vereinbarung lediglich eine Modifikation der Art, in welcher jene zu erfüllen ist". Hellwig bringt durch diesen Satz zum Ausdruck, daß der Inhalt der durch den Hauptvertrag begründeten Schuld durch den Nebenvertrag dahin geändert wird, daß nunmehr die Verpflichtung des Promittenten inhaltlich auf „Leistung der Summe an den Dritten" lautet. Ganz anders ist es, wie oben dargestellt, bei dem Deckungsverhältnis, das bei der Anweisung zwischen dem Assignanten und dem Assignaten besteht. Hier lautet die auf Grund dieses Deckungsverhältnisses bestehende Schuld inhaltlich auf „Zahlung des Angewiesenen an den Anweisenden". Und dieser Schuldinhalt wird auch durch die Anweisung nicht geändert. Der Angewiesene zahlt somit die aus dem Deckungsverhältnis sich ergebende Schuld trotz der Anweisung nicht an den Gläubiger des Deckungsverhältnisses, sondern an einen, der in Bezug auf das Grundverhältnis als Dritter erscheint[1]). Der Anweisungsempfänger ist trotz der Anweisung für den Angewiesenen ein nichtberechtigter Dritter. Dagegen beim berechtigenden Vertrag

[1]) Das aus dem Valutaverhältnis sich ergebende Recht gehört nicht hierher.

zugunsten Dritter ist der Dritte, dem die Leistung des Promittenten erbracht werden soll, Gläubiger des Promittenten geworden. Hier bestehen somit zwei Gläubiger: nämlich der Promissar und der Dritte. Der Promissar hat einen dem Schuldinhalt entsprechenden Anspruch gegenüber dem Promittenten auf „Zahlung an den Dritten" und der Dritte hat einen Anspruch auf „Zahlung an sich selbst" [1]). Aber auch wenn der Dritte kein Recht gegen den Promittenten erhalten hat, lautet die Schuld des Promittenten auf „Zahlung an den Dritten" und der Promissar hat nur diesen Anspruch. Insoferne ist der Dritte ebenfalls Destinatar der Leistung. Da nun beim Vertrag zugunsten Dritter der Inhalt der Schuld des Promittenten auf „Zahlung an den Dritten" lautet, fällt beim Vertrag zugunsten Dritter der innere Grund weg, der das Rechtsinstitut der Anweisung notwendig machte. Beim Vertrag zugunsten Dritter nämlich bedeutet die Zahlung des Promittenten „Erfüllung der Schuld" und zwar vollkommen dem Schuldinhalt entsprechend. Wenn auch ursprünglich beim Abschluß des Hauptvertrages der Inhalt der Schuld des Promittenten auf Zahlung an den Promissar gerichtet war, so ist dieser Schuldinhalt nachträglich [2]) durch die Vereinbarung des Nebenvertrages geändert worden [3]).

Daraus folgt, daß beim Vertrag zugunsten Dritter der Dritte weder bevollmächtigt noch ermächtigt zu sein braucht und auch nicht ist [4]). Die Schuld des Promittenten erlischt, nicht weil er an einen Empfangsbevollmächtigten oder Ermächtigten gezahlt hat, sondern weil von ihm die dem Promissar gegenüber bestehende Schuld in der Art erfüllt wurde, wie es der Schuldinhalt vorschreibt. Die Erfüllung des Promittenten ist somit eine tatbestandsmäßige im Sinne des § 362 Abs. I BGB.

---

[1]) Ähnliche Fälle finden sich noch öfters im Gesetz, z. B. gemäß § 2194 BGB. kann die Vollziehung der Auflage vom Erben, Miterben und von demjenigen verlangt werden, dem der Wegfall des mit der Auflage zunächst beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde. Ebenso kann nach § 525 Abs. II BGB. bei der Schenkung mit Auflage neben dem Anspruch des Destinatars der Auflage auch die zuständige Behörde einen Anspruch auf Vollziehung der Auflage haben, falls sie im öffentlichen Interesse liegt. Oder nach § 896 Satz 2 BGB. kann der Eigentümer die Herausgabe der Sache von einem dritten Besitzer an den unmittelbaren Besitzer verlangen (vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 312). Auch in diesen Fällen lautet der Anspruch des Berechtigten auf Leistung an einen Dritten. Und die Schuld erlischt bei der Leistung an den Destinatar, nicht weil dieser ermächtigt wäre, die Leistung zu empfangen, sondern weil die Schuld ihrem Inhalt gemäß erfüllt worden ist.

[2]) In diesem Falle liegt zweifellos ein Nebenvertrag im Sinne Hellwigs vor, der den Schuldinhalt des Hauptvertrages modifiziert. Dagegen bei Begründung eines Vertrags zu Gunsten Dritter uno actu möchte ich mit der herrschenden Lehre ein einheitliches Rechtsgeschäft erblicken.

[3]) Wenn daher A dem B, der eine Sache des A besitzt, die Anordnung erteilt, diese Sache dem C zu liefern, so ist zu untersuchen, ob hierbei ein Vertrag zwischen A—B zustande gekommen ist, durch den der Inhalt der Schuld des B gegenüber A geändert worden ist. Ist das der Fall, so liegt vor ein Vertrag zu Gunsten Dritter. Ist das nicht der Fall, dann ist eine Ermächtigung des B gegeben, an den C, der nicht Gläubiger des A ist, zu leisten.

[4]) Insofern ist die Bezeichnung „ermächtigender" Übertrag zu Gunsten Dritter irreführend.